

Carl - Ulfert Stegmann

Rechtsfolgen der Entziehung der Vertretungsmacht
des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschaf-
ters bei der OHG oder des einzigen Komplementärs
bei der KG unter besonderer Berücksichtigung der
Möglichkeit ausschließlicher Drittvertretung

1969

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0012

Rechtsfolgen der Entziehung der Vertretungsmacht
des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschaft-
ters bei der OHG oder des einzigen Komplementärs
bei der KG unter besonderer Berücksichtigung der
Möglichkeit ausschließlicher Drittvertretung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Carl-Ulfert Stegmann
aus Norddeich



Erster Berichterstatter: Professor Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Nitschke
Dekan: Professor Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1968



Meinen Eltern, meiner Frau

Inhaltsübersicht

	Seite
1. Abschnitt	1
§ 1 Einführung in das Problem	1
2. Abschnitt: Stand der Meinungen zur Zulässigkeit einer Entziehungsklage gem. § 127 HGB gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter und zu den sich ergebenden Rechtsfolgen	4
§ 2 Klage auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Ausschluß des Beklagten anstelle der für unzulässig gehaltenen Entziehungsklage	4
§ 3 Rechtsfolgen der für zulässig gehaltenen Entziehungsklage	8
I. Auflösung der vertreterlosen Gesellschaft	8
II. Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter	11
III. Vertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters	12
IV. Neuordnung der Vertretungsmacht durch das Gericht	13
V. Mitwirkungspflicht aller Gesellschafter an einer Vertragsänderung	15
VI. Bestellung eines Drittorgans als Übergangsregelung	16
3. Abschnitt: Kritik an den Lösungen, die zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft führen	19
§ 4 Die vorübergehend unvertretene Gesellschaft	19
§ 5 Bedenken gegen eine Anwendung der Auflösungs- und Ausschlußklage	29
I. Voraussetzungen der Entziehungsklage einerseits und der Auflösungs- und Ausschlußklage andererseits	31
II. Wirtschaftliche Gesichtspunkte	38
III. Gläubigerinteressen	45
IV. Interessenbewertung des § 127 HGB	45
V. Zweck-Mittel Adäquanz	49
VI. Mitglieder- und Verbandsinteressen	50

	Seite
§ 6 Widerklage des von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters auf Auflösung der Gesellschaft	56
4. Abschnitt: Die Möglichkeiten der Erhaltung der Gesellschaft durch Berufung eines neuen Vertreters aus dem Kreis der Gesellschafter	60
§ 7 Hilfsweise Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter	60
§ 8 Hilfsweise Einzelvertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters	71
§ 9 Richterliche Gestaltung	72
I. Positives Gestaltungsurteil	73
II. Maßnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	78
§ 10 Ergänzende Vertragsauslegung	80
§ 11 Neugestaltung des Gesellschaftsvertrages durch die Gesellschafter	87
I. Mitwirkungspflicht aller Gesellschafter	87
II. Möglichkeiten einer vertraglichen Änderung	91
1. Übertragung der Vertretungsmacht auf einen anderen Gesellschafter	91
2. Aufnahme eines neuen Gesellschafters	93
3. Einschaltung eines Treuhänders	94
4. Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH	96
5. Einschaltung einer aus Gesellschaftern gebildeten juristischen Person	98
5. Abschnitt	101
§ 12 Bedürfnis für die Bestellung eines Nichtgesellschafters zum ausschließlichen Vertreter der Gesellschaft	101
6. Abschnitt: Zulässigkeit der ausschließlichen Vertretung einer Personalhandelsgesellschaft durch einen Nichtgesellschafter	103
1. Unterabschnitt	104
§ 13 Entwicklung der Streitfrage in Literatur und Rechtsprechung	104

	Seite
2. Unterabschnitt: Ausschließliche Vertretung durch ein Drittorgan	115
§ 14 Einordnung der "organschaftlichen" Vertretungsmacht bei Personalhandelsgesellschaften	115
§ 15 Bedenken gegen eine Drittorganschaft im Hinblick auf § 170 HGB	121
3. Unterabschnitt: Ausschließliche Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten	128
§ 16 Vorbemerkungen zur Generalvollmacht	128
§ 17 Entscheidung aus dem Wortlaut des HGB	131
§ 18 Entscheidung aus dem Wesen der Gesellschaft	136
§ 19 Entscheidung aus der fehlenden Rechtspersönlichkeit oder der fehlenden körperschaftlichen Struktur der Personalhandelsgesellschaft	142
§ 20 Entscheidung aus den Einzelstrukturelementen der Personalhandelsgesellschaft	147
I. Innenverhältnis der Gesellschafter	147
1. Auswirkungen des Gesamthandsprinzips	147
2. Verbot der Aufgabe eigener Recht-zuständigkeit	150
3. Fehlen organschaftlicher Vertretung	156
4. Verpflichtung zum Betrieb eines Handelsgewerbes	158
5. Die durch den gemeinsamen Zweck gebundenen gleichgerichteten Interessen der Gesellschafter	161
6. Prinzip der Unternehmerhaftung im Hinblick auf den Schutz der Gesellschafter	168
7. Fehlende Bestimmungen über die Bestellung und Abberufung eines Drittvertreters	173
II. Außenverhältnis der Gesellschaft	175
1. Rechtsprinzip von Herrschaft und Haftung	175
2. Rechtsgedanke des § 170 HGB	180
3. Sicherung der Interessen Dritter	183
a) Handelsregistereintragung	184
b) Rechtsscheinshaftung	185
c) Mißbrauch und Bekämpfung	187

	Seite
4. Unübertragbarkeit unentziehbarer Befugnisse auf den Generalbevollmächtigten	189
a) Bestellung und Widerruf der Generalvollmacht	189
b) Prokuraerteilung	201
c) Handelsregisteranmeldung	204
d) Bilanzfeststellung	205
5. Die ausschließlich durch einen Generalbevollmächtigten vertretene Gesellschaft im Prozeß	206
a) Prozeßfähigkeit	206
b) Eidesleistung	217
§ 21 Ergebnis	219
7. Abschnitt	219
§ 22 Verpflichtung aller Gesellschafter zur Mitwirkung an der Bestellung eines Generalbevollmächtigten	219

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Affolter Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft, ArchBürgR 5, 1 ff.
- Anschütz-v. Völ-
derndorff Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, II. Bd., 1. Abt., Erlangen 1870
- Arbeitsbericht Das Recht der Personalhandelsgesellschaften, 1. Teil: Die Kommanditgesellschaft. 1. Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personalgesellschaften der Akademie für Deutsches Recht. Vorgelegt von Hans Würdinger, München u. Berlin 1939
- Auerbach 1. Das neue Handelsgesetz. Systematisch dargestellt. 1. Abt., Frankfurt 1863
2. Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des ADHGB, Frankfurt 1861
- Bacmeister Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von deren Vertretung, ZHR 55, 417 ff.
- Ballerstedt Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 63, 253 ff.
- Bandasch Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1960
- Barella Der Kommanditist als Geschäftsführer, DB 51, 149
- Bartels Welche Unterschiede bestehen zwischen der Vertretung des Kaufmanns durch den Prokuristen, der OHG und KG durch die Gesellschafter und der AG durch den Vorstand? Diss. Erlangen 1897
- Bartholomeyczik Die Kunst der Gesetzesauslegung, eine wissenschaftliche Hilfe zur praktischen Rechtsanwendung, Frankfurt 1960
- Barz Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers, NJW 47, 48, S. 44 ff.

- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 18. Aufl., München u. Berlin 1968
- Baumbach-Hueck 1. Kommentar zum Aktiengesetz, 12. Aufl., München u. Berlin 1965
2. Kommentar zum GmbH-Gesetz, 12. Aufl., München u. Berlin 1966
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, 29. Aufl., München u. Berlin 1966
- Baur Testamentsvollstrecker als Unternehmer, Festschrift für Dölle, Tübingen 1963, S. 249 ff.
- Becker Obligationenrecht im Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI, 2 Abt., Bern 1934
- Behrend Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin u. Leipzig 1886
- Beitzke 1. Nichtigkeit, Auflösung u. Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede; Meissner 1948
2. Gesellschaftsrechtliche Folgen in der russischen Zone, BB 49, 519 ff.
3. Anm. zu OLG München ZAkDR 37, 761, in ZAkDR 37, 763
- Bertermann Die Eintragung der Treuhandverwaltung nach MRG 52 in das Handelsregister, NJW 50, 213
- Biermann Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, Gießener Festschrift für Dernburg, Berlin 1900
- Bildermann Der minderjährige Gesellschafter, Darmstadt 1965
- Boesebeck 1. Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Frankfurt 1937
2. Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt 1938
- Bötticher Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für Lent, 1957

- Bondi 1. Die Rechte der Aktionäre, Berlin 1930
2. Anm. zu RG JW 31, 307, in JW 31, 3073
- Brand Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911
- Brauer Die Möglichkeiten und Zulässigkeit einer Ausgestaltung der Kommanditgesellschaft nach dem Vorbild einer Kapitalgesellschaft, Diss. Köln 1941
- Brecher Subjekt und Verband in Festschrift für Alfred Hueck, München u. Berlin, S. 233 ff.
- Brinz Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. IV, Erlangen 1910
- Brodmann 1. Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes, Bd. 4, 2. Abtl., Die Handelsgeschäfte, Leipzig 1918
2. Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930
- Brox 1. Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, JR 60, 321 ff.
2. Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung, Karlsruhe 1960
3. Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 66, 761 ff.
- Buchda Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg 1936
- Buchwald 1. Nichtgesellschafter als Geschäftsführer bei OHG und KG? DB 57, 109 ff.
2. Ausschuß und Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters einer Personengesellschaft? BB 61, 1342 ff.
- Buchwald-Tiefenbacher Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1967
- Burckhardt Das Organisationsrecht der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944

- Caflisch Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961
- Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
- Dahm Anm. zu OLG Stuttgart MDR 59, 508, in MDR 59, 508 ff.
- Dahn Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875
- Dettmann Die Vertretungsmacht des Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Greifswald 1903
- Dilcher Rechtsfragen der sogenannten Vorgesellschaft, JuS 1966, 89 ff.
- Dreier Zum Begriff "Natur der Sache", Diss. Münster, Berlin 1965
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Eccius Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei, ZHR 32, 1 ff.
- Eich Abwesenheitspflegschaft bei der Kommanditgesellschaft? NJW 65, 240
- Endemann Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1. Bd., Leipzig 1881
- Engisch 1. Zur Natur der Sache im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961
2. Prozeßfähigkeit u. Verhandlungsfähigkeit in: Beiträge zum Zivilprozeßrecht, 1949
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Bd., Tübingen 1959, 2. Bd., Tübingen 1960
- Erman 1. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Mitarbeitern, 4. Aufl., Münster 1968 (zitiert: Erman)

- Erman 2. Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947
3. Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, München u. Berlin 1965, S. 277 ff.
- Esser 1. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
2. Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1960 (zitiert: Esser)
3. § 242 BGB und Privatautonomie in JZ 56, 556 ff.
4. Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 53, 521 ff.
5. Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, JZ 58, 113 ff.
- Eucken Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Berlin u. Göttingen 1950
- Fabricius Relativität der Rechtsfähigkeit, München u. Berlin 1963
- Fechner Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, Tübingen 1960
- Fehr 1. Schutz des Unternehmens durch das Gesetz, Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Bern 1935, S. 440 ff.
2. Die Struktur der Kommanditgesellschaften, Bern 1935
- Findeisen Die Unternehmensform als Rentabilitätsfaktor, Berlin 1924
- Fischer 1. Entziehung der Geschäftsführung- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 59, 1057 ff.
2. Die Grenzen der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 54, 777 ff.

- Fischer 3. Anm. zu BGH LM § 140 HGB Nr. 8, 9, 10
- Flume 1. Rechtsgeschäfte und Privatautonomie, "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben", Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960, Bd. I, S. 135 ff. (zitiert: Flume, Rechtsgeschäfte)
2. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Berlin, Heidelberg, New York 1965 (zitiert: Flume)
3. Diskussionsbeitrag auf der Tagung deutscher Zivilrechtslehrer vom 17. bis 19. Oktober 1952, AcP 152, S. 445 ff.
- v. Gadow-Heinichen Kommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1939
- Gareis Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909
- Gaupp-Stein Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. u. 9. Aufl., Tübingen 1906
- Geiler Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht in Gruchot 68, 593 ff.
- Gessler 1. Die Lebensdauer der Personengesellschaften, Soziale Praxis 1938, 1173 ff.
2. Anm. zu BGH JZ 52, 529, in JZ 52, 530
- Gierke, Julius v. Handels- und Schifffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958 (zitiert: J. v. Gierke)
- Gierke, Otto v. 1. Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
2. Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
3. Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, 2. Aufl., Berlin 1902
4. Das Wesen menschlicher Verbände, 1902. Sonderausgabe Darmstadt 1954
5. Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, ArchBürgR 19, S. 114 ff.

- v. Godin 1. Gesetz über die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien, 2. Aufl. Berlin 1950
2. Einzelfragen aus dem Recht der OHG, JR 48, 62 ff.
- Gogos Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Tübingen 1953
- Goldmann Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 1. Aufl., Berlin 1905
- v. Gorski Die Geschäftsführung und Vertretung der OHG, Wien 1888
- Grieger Zur Frage des Bestandsschutzes der handelsrechtlichen Personalgesellschaften, AcP 145, 327 ff.
- Groschuff 1. Kaufmann und Handlungsgehilfe, JW 35, 252 ff.
2. Anm. zu KG JW 39, 424 in JW 39, 425
3. Anm. zu LG Berlin JW 36, 683, in JW 36, 683 ff.
- Großmann-Doerth Zur Reform der KG. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung, AcP 147, 1 ff.
- Gudenas Schutz des Unternehmens einer offenen Handelsgesellschaft durch die Ausschließung eines Gesellschafters gem. § 140 HGB, Diss. Göttingen 1948
- Gutenberg Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Berlin, Göttingen, New York 1963
- Gutzwiller Zur Lehre von der "Natur der Sache" in: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) 1924, S. 282 ff.
- Hachenburg-Schilling Kommentar zum GmbHG, 6. Aufl., Berlin 1956
- Hachenburg Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und die Steuererleichterungen, Mannheim, Berlin, Leipzig 1935
- v. Hahn Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Braunschweig 1870

- Haff Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechtes, 1. und 2. Bd., Zürich 1918
- Halbheer Die Haftung der Personengesellschaft aus unerlaubter Handlung ihrer Mitglieder, Zürich 1956
- Hamel Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Bonn 1928
- Hartmann Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 2. Aufl., Köln 1963
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952
- Heins Betrachtungen zum Recht der OHG. Zugleich eine Besprechung des neuen Buches von Hueck, NJW 47, 48, S. 254 ff.
- Hellwig Anspruch und Klagrecht, Leipzig 1924
- Henze Die GmbH & Co. Kommanditgesellschaft, 5. Aufl., Stuttgart 1962
- Hesselmann Handbuch der GmbH & Co., 10. Aufl., Köln 1967
- Hill Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, Diss. Köln 1911
- Hintzen Auflösung und Liquidation von Personengesellschaften, Darmstadt 1965
- Hirsch Gesellschaftsrecht (Die Verwaltung), Braunschweig 1955
- Hochgürtel Kann die offene Handelsgesellschaft die Aktiengesellschaft in ihrem Funktionsbereich ablösen? Diss. Köln 1951
- Hoeniger 1. Anm. zu RG JW 24, 671, in JW 24, 671
2. Ist der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von deren Vertretung und ihr Ersatz durch einen gewillkürten Bevollmächtigten zulässig? DR 03, 234 ff.
- Holch Testamentsvollstreckung an einer OHG Beteiligung DNotZ 58, 282 ff.

- Houben Der Aufsichtsrat der kapitalistischen Kommanditgesellschaft, Diss. Köln 1958
- Hübner Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930
- Hueck 1. Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 2. Bd., Marburg 1931, 700 ff.
2. Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in: Festschrift Hübner, Jena 1935, S. 72 ff.
3. Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der bayrischen Akademie der Wissenschaften, Heft 7, Sonderdruck des Biederschen Verlages, München 1957 (zitiert: Hueck, Treuegedanke)
4. Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Berlin 1964 (zitiert: Hueck)
5. Anmerkung zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone, OGH 1, 33 ff., in SJZ 1948, 755 ff.
6. Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Bd. 33, 105 ff., in JZ 61, 90 ff.
- Imig Entsprechende Anwendung des § 29 BGB auf Personalgesellschaften, insbesondere bei Ostenteignungen, NJW 49, 856 ff.
- Isay 1. Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910
2. Vollmacht und Verfügung AcP 122, 195 ff.
3. Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
- Jäger Die OHG im Zivilprozeß, in: Festgabe für Rudolf Sohm, München u. Leipzig 1915, S. 1 ff.
- Keiser Rechtsverhältnisse bei der Vereinigung offener Handelsgesellschaften, Würzburg 1934

- Keutner Der Mißbrauch der Rechtsform der Kommanditgesellschaft und seine Bekämpfung, Diss. Köln 1938
- Keyßner Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 1. Aufl., Stuttgart 1878
- Koenige Kann die Vertretungsmacht des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft durch Gesellschaftsvertrag aufgehoben oder beschränkt werden? JW 23, 214
- Koenige-Teichmann-Koehler Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 4. Aufl., Berlin 1936
- Kohler 1. Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, ZHR 40, 456 ff.
2. Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person in ArchBürgR Bd. 40, 229 ff.
- Korrmann Gegensätzliches Handeln von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbesondere der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, in Gruchot: 57, 497 ff.
- v. Krauss Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955
- Küster Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts, im Deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954
- Kuhn Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
- Kurz Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Münster 1965
- Laband Besprechung des Kommentars von Anschütz-Völckerndorff zum ADHGB, ZHR 14, 39 ff.
- Lange Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1965
- Lange-Ronneberg Bestellung von Vertretern bei Handelsgesellschaften durch das Gericht, JW 34, 108

- Larenz
1. Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, Ihrings-Jb. 83, 108 ff.
 2. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München 1963
 3. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
 4. Lehrbuch des Schuldrechts, Bes. Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1968 (zitiert: Larenz)
- Lehmann, Heinrich
1. Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
 2. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
- Lehmann, Karl
- Handelsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1913
- Lehmann (Karl) - Ring
- Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1913
- Lent-Jauernig
- Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 13. Aufl., München und Berlin 1966
- Leonhard
- Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899
- Lesse
- Ausschluß aller offenen Handelsgesellschafter von der Vertretung, in Deutsche Gerichtszeitung 1862, S. 180 ff.
- Leyser
- Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Leipzig 1915
- Linden
- Kann Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis dem einzigen Komplementär der KG aa entzogen werden, und hat dieser im Fall der Entziehung einen Anspruch auf Auflösung? Diss. Berlin 1910
- Loos
- Betriebsführungsverträge und damit verbundene Generalvollmacht bei Handelsgesellschaften, BB 63, 615 ff.
- Lukes
- Teilentzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse bei der OHG durch Urteil? JR 60, 41 ff.

- Mangold Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung, NJW 61, 2284 ff.
- Marcus 1. Die Eintragung und Wirkung der gegen einen von zwei Gesellschaftern ausgesprochenen Entziehung der Vertretungsbefugnis bei vertraglicher Gesamtvertretung der OHG, HoldhMSchr 07, 20 ff.
2. Zur Frage nach der Stellung des Registergerichtes zu Entscheidungen des Prozeßgerichtes, HoldhMSchr 09, 22 ff.
3. Kann der Kommanditist zum Gesellschaftsvertreter bestellt werden? HoldhMSchr 09, 160 ff.
- Makower Handelsgesetzbuch mit Kommentar: Bd. I, 13. Aufl., Berlin 1906
- Merfeld Zur Auslegung des Artikels 101 des Handelsgesetzbuches, ZHR 41, 76 ff.
- Merkel Kündigung einer auf unbestimmte Zeit geschlossene OHG, NJW 61, 2004 ff.
- Mertens Die Einmann-GmbH & Co. KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischung, NJW 66, S. 1049 ff.
- Mestmäcker Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- Möhle Die Personengesellschaft, 9. Aufl., Stuttgart 1957
- Molitor Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrages, Mannheim 1951
- Müller, H.-J. Die Haftung des Kommanditisten im deutschen, französischen und englischen Recht, Diss. Münster 1955
- Müller Dritorgane bei Personalgesellschaften? NJW 55, 1909
- Müller-Erzbach 1. Deutsches Handelsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1928
2. Die Erhaltung des Unternehmens, ZHR 61, 357 ff.

- Müller-Erbach 3. Der Schutz der Unternehmensarbeit, ZHR 64, 536 ff.
4. Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und stillen Gesellschafters, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1931, Bd. II, S. 737 ff.
5. Kundgebungen im fremden Interessensbereich, JheringsJb. 83, 257 ff.
6. Das private Recht der Mitgliedschaft, als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
7. Die Rechtswissenschaft im Umbruch. Ihr Vordringen zu den bestimmten Elementen des Zusammenlebens, München 1950
8. Das Erfassen des Rechtes aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, AcP 154, 299 ff.
9. Verbandsmacht - eine unbekannte Welt, JZ 56, 705 ff.
- Müller-Freienfels 1. Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955 (zitiert: Müller-Freienfels)
2. Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156, 522 ff.
- Neumann-Duesberg Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach § 315 BGB, JZ 52, 705 ff.
- Neufeld-Schwarz Handelsgesetzbuch, 1. Bd., Berlin 1931 (zitiert: Schwarz)
- Niethammer Haftung eines zum Prokuristen bestellten Kommanditisten, BB 59, 725 ff.
- Oertmann Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, Erlangen u. Leipzig 1921
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (mit Mitarbeitern), 28. Aufl., München und Berlin 1969 (zitiert: Palandt)
- Paulick Eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954

- Peters Anwendbarkeit des § 29 BGB bei der OHG,
MDR 51, 343
- Pisko 1. Ehrenbergs Handbuch, Bd. 2, Der Kaufmann und das kaufmännische Unternehmen,
S. 213 ff.
2. Das Unternehmen als Gegenstand des
Rechtsverkehrs, Wien 1907
- Plum Der fortschreitende Strukturwandel der
Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung, "Hundert Jahre Deutsches
Rechtsleben", Karlsruhe 1960, Bd. I,
S. 137 ff.
- Potthoff-Zintzen-Halft Handbuch der Gesellschaftsverträge in
Personalgesellschaften, 3. Aufl., Köln,
Opladen 1965
- Raiser Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen
Fragen der Gestaltung der Unternehmensform, 39. Deutscher Juristentag, B 57 ff.
- Rabel Recht des Vorkaufes, Berlin 1936
- Rathenau Vom Aktienwesen, eine geschäftliche Betrachtung, 1917
- RGR-Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. II, 2. Teil (mit Mitarbeitern), 11.
Aufl., Berlin 1960
- Reiff Entziehung der Vertretungsbefugnis des
einzigen Komplementärs einer KG? NJW 64,
1940 ff.
- Renaud Das Recht der Kommanditgesellschaften,
Leipzig 1881
- Rhode Juristische Person und Treuhand, Berlin
1932
- Richardi Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer
Personalhandelsgesellschaft, Berlin und
Frankfurt 1961
- Rinsche Das Verhältnis der materiellrechtlichen
Voraussetzungen der Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 HGB zu denen
der Gesellschaftsauflösung nach § 133
HGB, Diss. Münster 1963

Ripfel	Ist Generalvollmacht an GmbH-Gesamtgeschäftsführer oder Dritte zulässig? GmbHR 53, 181 ff.
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932
Römer	Nachfolge und Bestandssicherung der Personalgesellschaften des Handelsrechtes im Erbfall, Berlin 1963
Rokas	Die Teilhaberschaft an der OHG und ihre Vererbung, Berlin 1966
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 8. Aufl., München und Berlin 1960
Rospatt	Zur Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der OHG und ihrem Verhältnis zur Haftung der Gesellschaft, ZBH 32, 241 ff.
Rötelmann	Der Wegfall unentbehrlicher Gesellschafter bei der OHG und KG, NJW 56, 1617 ff.
Schilling	Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechtes, JZ 53, 489 ff.
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, (mit Mitarbeitern) I. Bd., 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1960; II. Bd., 3. u. 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1955, 56; 1963 (zitiert: Schlegelberger)
Schloßmann	Organ und Stellvertreter, JheringsJb. 44, 289 ff.
Schlüter	Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die "Grundlagen der Gesellschaft", Diss. Münster 1965
Schmalenbach	Finanzierungen, 6. Aufl., Leipzig 1937
Schmidt-Rimpler	Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, 1 ff.
Schneider-Martin	Familienunternehmen und Unternehmer-testament, 4. Aufl., Heidelberg 1963
Schönle	Das Problem der Grundtypenvermischung im neuen Recht, Diss. Köln 1935

- Scholz Der wichtige Grund, SJZ 49, 1 ff.
- Schopp Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschafter bei der OHG und KG, RPfl. 63, 186 ff.
- Schreiber Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, eine handelsrechtliche Untersuchung, München 1925
- Schröder Die organisatorische Annäherung der Personalhandelsgesellschaften an die Struktur der Kapitalgesellschaften, Möglichkeiten und Grenzen, Diss. Köln 1952
- Schumann Handelsrecht, 1. u. 2. Bd., Wiesbaden 1954
- Schwarze Die Vermögensauseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters in betriebswirtschaftlicher u. steuerrechtlicher Hinsicht, Leipzig 1937
- Serick Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin 1955
- Serwe Der Anspruch eines Gesellschafters auf Mitwirkung bei den Klagen aus §§ 117, 127 HGB, Diss. Münster 1965
- Siebel Erschwerte Kündigung bei der OHG und KG, DNotZ 54, 71 ff.
- Siebert 1. Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, StRJb 55/56, 299 ff.
2. Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift Hueck zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1959, S. 321 ff.
3. Die faktische Innengesellschaft, BB 1958, 1065 ff.
4. Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
- Sieglwart Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Bd. I, 4. Teil, Zürich 1938

- Silberschmidt Die Haftung der am Unternehmen mitarbeitenden Kommanditisten und stillen Gesellschafter vom Standpunkt der Interessenwägung aus, LZ 1932, Sp. 1329 ff.
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (mit Mitarbeitern), Bd. I, II, 10. Aufl., Stuttgart 1967
- Sohm Der Kommanditist ein Kaufmann? LZ 1909, Sp. 594 ff.
- Spengler Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften und deren Schranken, Festschrift für Philipp Möhring, München und Berlin 1965, S. 165 ff.
- Spitzbarth Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten, BB 62, 851
- Staab Die Vertretung einer KG durch einen Kommanditisten, BB 59, 435
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 6. und 7. Aufl., Berlin 1900
- Staub-Pinner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (mit Mitarbeitern), 11. Aufl., Berlin 1956
- Steiner Die OHG und KG in der deutschen Wirtschaft, Tübingen 1950
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I. Bd., 18. Aufl., Tübingen 1953
- Thiele Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Titze Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen 1921
- v. Tuhr Die unwiderrufliche Vollmacht, Festschrift für Laband, Tübingen 1908
- Wach Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig 1885
- Weinhagen Ausschluss sämtlicher persönlich haftender Gesellschafter von der Vertretung, Busch's Archiv Bd. I, S. 149 ff.

- Weipert Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I und II, früher herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichtes, II. Aufl., Berlin 1950
- Westermann 1. Sachenrecht, ein Lehrbuch, 5. Aufl., Karlsruhe 1966 (zitiert: Westermann)
2. Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens, in: Aktuelle Gesellschaftsprobleme und Grundfragen der EWG, 1959, 57 ff.
3. Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Köln, Opladen 1957
4. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
5. Vortrag auf der Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Okt. 1952, in AcP 1952, 445 ff.
6. Die Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auszulegenden Willensaktes, Festschrift für Karl Arnold, Köln, Opladen 1955, S. 281 ff.
- Westermann-Lepsien Die sogenannten Auslaufmandate nach dem Aktiengesetz 1965. Zugleich einige Bemerkungen zur Auslegungsmethode, NJW 66, 430 ff.
- Westermann-Scherpf-
Paulick-Bulla-Hack-
beil Handbuch der Personengesellschaften, Köln-Marienburg 1967 (zitiert: Westermann, Handbuch)
- Wieacker Bodenrecht, Hamburg 1938
- Wieczorek Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Berlin 1957
- Wiedemann Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965
- Wieland Handelsrecht, Bd. I, München und Leipzig 1921
- Wilker Entziehung der Vertretungsmacht nach § 127 HGB, Diss. Göttingen 1933
- Wöhe Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Bd. II, 1. Halbbd., Berlin u. Frankfurt 1963

- Wolff, H.-J.
1. Organschaft und juristische Person, I. Bd. Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933 (zitiert: Wolff I), II. Bd. Theorie der Vertretung, Berlin 1934 (zitiert: Wolff II)
 2. Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München und Berlin 1968
- Würdinger
1. Gesellschaften, Hamburg 1937 (zitiert: Würdinger I)
 2. Würdinger, Arbeitsbericht: siehe "Arbeitsbericht"
 3. Betrachtungen zur Reform der Personengesellschaften, AcP 144, 129 ff.
 4. Aktienrecht, Karlsruhe 1959
- Zielinski
- Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht, Marburg 1925
- Zöllner
- Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963

G e s e t z e s m a t e r i a l i e n

1. ~~Motive~~ zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin und Leipzig 1888
2. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1897
3. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von Lutz, Würzburg 1858 - 1861
4. Denkschrift I des Reichsjustizamtes zum 1. Entwurf eines HGB, Berlin 1896
5. Denkschrift II zum Entwurf eines HGB, Reichstagsvorlage, in Materialien zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1897
6. Hahn-Mugdan, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. I: Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Bd. VI: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897

A b k ü r z u n g e n

a.a.O.	am aufgeführten Ort
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Bauer	Zeitschrift für Aktiengesellschaft und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Herausgegeben von Josef Bauer, Leipzig
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (auch Sammlung seiner Entscheidungen in Zivilsachen)
Busch's Archiv	Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
EGG	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchamtes, zusammengestellt vom Reichsjustizamt
FGG	Gesetz für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GBO	Grundbuchordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Rundschau für GmbH
Goldschmidt's Zeitung	Zeitung für das gesamte Handelsrecht
Gruchot	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HoldhMSchr	Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen
JheringsJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindemaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OblR	Schweizerisches Obligationenrecht
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Reichsjustizamt
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rz	Randziffer
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StRJb	Steuerrechts-Jahrbuch
VHG	Vertragshilfegesetz
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Abschnitt

§ 1 Einführung in das Problem

Bei den Personalgesellschaften des HGB, der offenen Handelsgesellschaft (OHG) und der Kommanditgesellschaft (KG), besteht die Möglichkeit, daß die einem Gesellschafter zustehende Vertretungsmacht entzogen wird, ohne daß er dadurch seine Stellung als Gesellschafter verliert. Nach § 127 HGB kann bei der OHG und nach § 161 Abs. 2 i.V.m. § 127 HGB bei der KG die Vertretungsmacht einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn dafür in seiner Person ein wichtiger Grund gegeben ist. Diese Vorschrift entspricht dem Bedürfnis, einem mit Vertretungsmacht ausgestatteten Gesellschafter diese dann zu entziehen, wenn sich die Ausübung der Vertretungsmacht aus in seiner Person oder seinem Verhalten liegenden Gründen für die anderen Gesellschafter als nicht mehr zumutbar erweist.

Die Anwendung dieser Vorschrift bereitet weniger rechtliche Schwierigkeiten, wenn weitere vertretungsberechtigte Gesellschafter vorhanden sind. In diesen Fällen wird regelmäßig eine ausreichende Vertretung der Gesellschaft durch den oder die anderen vertretungsberechtigten Gesellschafter gegeben sein. Praktisch werden auch dann kaum Schwierigkeiten auftreten, wenn zwar keine weiteren vertretungsberechtigten Gesellschafter vorhanden sind, aber man sich auf einen der übrigen Gesellschafter für die Vertretung zu einigen vermag. Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn dem einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen werden soll und kein anderer Gesellschafter vorhanden ist, der sie an seiner Stelle ausüben könnte oder auf den sich alle Gesellschafter einigen könnten. Nachstehende drei Beispiele mögen dies erläutern:

1. Beispiel

A und B bilden eine OHG. A ist allein vertretungsberechtigt,

B ist durch Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen.

B will A die Vertretungsmacht entziehen lassen, weil A sich wiederholt schwerer Verfehlungen schuldig gemacht und sich auch als unfähig erwiesen hat, die Gesellschaft zu vertreten.

2. Beispiel

Die Mutter A und ihre minderjährige Tochter T setzen das vom Vater ererbte Geschäft in der Form einer KG fort, in der die Mutter Komplementärin und die Tochter Kommanditistin ist.

Das gutfundierte Geschäft wird durch ständig überhöhte Entnahmen der Mutter (Komplementärin) in seiner Substanz gefährdet. Der nach §§ 1630, 1796 BGB bestellte Pfleger der Tochter (Kommanditistin) will, da alle Warnungen nichts nützen, der Mutter die Vertretungsmacht entziehen lassen ¹⁾.

3. Beispiel

A, ein älterer, erfahrener Geschäftsmann, bringt sein gutgehendes Geschäft in eine OHG ein. Mitgesellschafter werden die jungen, geschäftlich unerfahrenen B und C, die lediglich ihre Arbeitskraft einbringen. A behält sich die alleinige Vertretungsmacht vor.

Als A schon nach kurzer Zeit geisteskrank wird, wollen B und C ihm die Vertretungsmacht entziehen lassen.

Allen diesen drei Beispielen ist gemeinsam, daß die Alleinvertretungsmacht aus wohlerwogenen Gründen bei A liegt, daß A sich aber mit der Zeit als nicht mehr geeignet erweist, die Vertretungsmacht auszuüben, und daß die Absicht der Mitgesellschafter, ihm die Vertretungsmacht entziehen zu lassen, gerechtfertigt ist. Es fragt sich aber, zu welchen Folgen die Entziehung der Alleinvertretungsmacht des A für die

1) Beispiel von Müller in NJW 55, 1909, das die Notwendigkeit einer sog. Dritorganschaft zeigen soll.

Gesellschaft führt. Hierüber gehen die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung sehr auseinander.

Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Lehre kommt zu dem Ergebnis, daß die Entziehung der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters zwangsläufig zur Auflösung der Gesellschaft führe, wenn der oder die übrigen Gesellschafter sich mit dem Beklagten nicht über eine Neuverteilung der Vertretungsmacht einigen können. Wenn dieses Ergebnis auch klar und folgerichtig erscheint, so muß es doch als sehr unbefriedigend bezeichnet werden, da es die Belange aller derjenigen, die an der Erhaltung der Gesellschaft ein mehr oder weniger starkes Interesse haben, unberücksichtigt läßt.

Die Rechtsprechung und auch das Schrifttum nehmen zu den Fragen, ob die Gesellschaft bei Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters zu erhalten sei und wie eine Neuordnung der Vertretungsmacht erreicht werden könne, mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen und Begründungen Stellung, ohne aber der Frage Raum zu geben, ob nicht in vielen dieser Fälle eine ausschließliche Vertretung durch einen Nichtgesellschafter im Interesse der Erhaltung der Gesellschaft geboten und zulässig wäre. Die Rechtsprechung des BGH und ihm folgend die Literatur lassen zwar zu, daß in einem Ausschließungsprozeß nach § 140 HGB, der gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter einer OHG geführt wird, einem Nichtgesellschafter die alleinige Vertretungsbefugnis für die Zeit des Ausschlußprozesses vorübergehend übertragen werden kann ¹⁾. Dies soll unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Gesellschaft nach Meinung der Literatur auch im Falle des Entziehungsprozesses nach § 127 HGB gegen den einzigen vertretungsberechtigten Ge-

1) BGHZ 33, 108; Schlegelberger § 127 Anm. 12; Hueck JZ 61, 89; Fischer LM 8, 9, 10 zu § 140 HGB; Wiedemann S. 376 ff.

sellschafter gelten ¹⁾. Die Frage aber, ob die Übertragung der Vertretung auf einen Nichtgesellschafter für den besonderen Fall der Entziehung der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters nicht auch als eine Dauerregelung möglich sein kann, um die Gesellschaft nicht an der Frage ihrer Vertretung scheitern zu lassen, wird von der überwiegenden Meinung überhaupt nicht erörtert ²⁾. Die Erörterung dieser Frage soll daher Gegenstand dieser Untersuchung sein.

Die nachstehende Untersuchung hat nur die Entziehung der Vertretungs-, nicht aber die der Geschäftsführungsbefugnis zum Gegenstand. Wenn auch in der Praxis meist beide Befugnisse in einer Person zusammenfallen werden, müssen sie doch rechtlich auseinandergehalten werden ³⁾. So ist die Entziehung sowohl der einen wie der anderen Befugnis im Gesetz vorgesehen, jedoch in getrennten Vorschriften und in verschiedenen Regelungen ⁴⁾. Die nachstehende Untersuchung hat nur die Entziehung der Vertretungsmacht zum Gegenstand.

2. Abschnitt: Stand der Meinungen zur Zulässigkeit einer Entziehungsklage gem. § 127 HGB gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter und zu den sich ergebenden Rechtsfolgen

§ 2 Klage auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Ausschluß des Beklagten anstelle der für unzulässig gehaltenen Entziehungsklage

Es wird die Ansicht, die der BGH ⁵⁾ als Mindermeinung be-

1) Schlegelberger a.a.O.; Hueck S. 218 Fn. 78; Wiedemann a.a.O.; zweifelnd Fischer a.a.O.

2) Mit Ausnahme von Müller NJW 55, 1909, der sie bejaht.

3) Westermann, Handbuch, Rz 146, 190.

4) Denkschrift II zu dem Entwurf eines HGB S. 267.

5) Bd. 33, 108.

zeichnet, vertreten, eine Entziehung der Vertretungsmacht ¹⁾ nach § 127 HGB sei in den Fällen unzulässig, in denen nur ein vertretungsberechtigter Gesellschafter vorhanden sei ²⁾. Die zu dieser Ansicht führenden Erwägungen beruhen darauf, daß genauso wie der vertragliche Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht auch die Entziehung der Vertretungsmacht des letzten oder alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters unmöglich sei ³⁾.

Die gleichen Hindernisse, die den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht verböten, sprächen auch gegen einen Zustand der Vertreterlosigkeit, der durch die Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters verursacht werde. Daß aber der vertragliche Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht unzulässig sei, ergebe sich schon aus der "Natur der Sache" ⁴⁾. Es würde also, so argumentieren die Vertreter

-
- 1) Die Worte Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis werden hier synonym gebraucht. Hiergegen hat man sich vereinzelt mit der Begründung gewandt, beiden Worten komme ein verschiedener Sinn zu (Leyser S. 20; Wolff II S. 196 Fn. 2 und 3; für das Schweizer Recht Halbheer S. 20, 21). Der Unterschied mag im Hinblick auf die immer noch nicht unstrittige Frage, ob die Vertretungsmacht ein Recht zur Vertretung oder als eine Fähigkeit aufzufassen ist, auch bedeutsam sein, vgl. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. IV S. 582; Biermann, Gießener Festschrift für Dernburg, S. 109. Es besteht jedoch für die vorliegende Untersuchung kein Anlaß, hierauf weiter einzugehen. Zur Frage, ob die Vertretungsmacht als rechtliche Fähigkeit, Gestaltungsrecht oder als "Habilitation zur Begründung privater Pflichten für die Vertretenen" anzusehen ist, muß auf die zivilistische Literatur verwiesen werden (vgl. Müller-Freienfels S. 35 Anm. 3, 40, 45).
 - 2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 127 Anm. 9; Jäger, Die OHG im Zivilprozeß, S. 44 Note 66; Schlegelberger bis einschl. 3. Aufl., § 127 Anm. 9; Buchwald DB 57, 109; derselbe BB 61, 1343.
 - 3) Vgl. Leyser S. 44, 45; Buchwald a.a.O.; Schlegelberger § 127 Anm. 9.
 - 4) Bacmeister ZHR 55, S. 417; Ritter § 125 Anm. 3; Leyser a.a.O.

dieser Meinung übereinstimmend, ein rechtlich unhaltbarer Zustand geschaffen, da die Personalhandelsgesellschaft nicht ohne Vertreter sein könne. Im einzelnen sind die Begründungen aber durchaus verschieden.

Leyser hält eine sich aus der Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter ergebende Rechtsfolge, daß kein Gesellschafter zur Vertretung berechtigt sei, deshalb für unhaltbar, weil dann empfangsbedürftige Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber nicht abgegeben werden könnten ¹⁾. Die Stellung Dritter wäre dann noch ungünstiger als gegenüber Geschäftsunfähigen, bei denen immerhin durch Anzeige beim Vormundschaftsgericht, § 1774 BGB, oder bei der Entmündigung gem. § 646 ZPO die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters angestrebt werden könnte. § 29 BGB könne nicht helfen, weil diese Vorschrift nur auf juristische Personen anwendbar sei.

Düringer-Hachenburg ²⁾ gehen davon aus, daß die Abberufung eines Gesellschafters von der Vertretungsmacht Vertragsänderung sei. Eine Vertragsänderung sei aber nur zulässig, wenn der Vertrag durchführbar bleibe. Folge der Entziehung der Vertretungsmacht sei hier aber die Undurchführbarkeit des Gesellschaftsvertrages.

Die Annahme einer ersatzweisen Gesamtvertretungsmacht sei nicht möglich, da diese auch der Zustimmung des beklagten Gesellschafters bedürfe und zudem nicht als zulässige Beschränkung der Vertretungsmacht angesehen werden könne.

Buchwald ³⁾ leitet seine Bedenken im wesentlichen aus wirtschaftlichen Erwägungen her. Das Ergebnis eines solchen Prozesses sei ein wirtschaftlich auf die Dauer unhaltbarer Zustand. Der abgerufene; seines Einflusses beraubte Gesell-

1) A.a.O.

2) § 127 Anm. 9.

3) BB 61, 1343.

schafter dürfe nicht unbeschränkt weiter haften. Vermöchten die Gesellschafter sich nicht auf eine Vertragsänderung zu einigen, bliebe eben nur die Liquidation.

Die Vertreter der Meinung, daß eine Entziehung der Vertretungsmacht hier nicht möglich sei, geben allerdings zu, daß es ein Mißstand sei, wenn der einzige zur Vertretung ermächtigte Gesellschafter, der sich unter Umständen größerer Verfehlungen schuldig gemacht habe, auch weiterhin zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt bleibe ¹⁾. Sie verweisen jedoch darauf, daß hier nur ein Weg über die Auflösungs- und Ausschlußklage gemäß §§ 133, 140 HGB gegeben sei. Am weitesten geht wohl Buchwald: "Sind aber die Gesellschafter zu keiner Verständigung zu bringen, so soll der Betrieb ruhig aufgelöst werden. Das Gericht hat nicht die Pflicht, bei unvernünftigen Gesellschaftern die Vernunft zu ersetzen" ²⁾. Die Vertreter der Ansicht, die die Entziehung der Vertretungsmacht für unzulässig halten ³⁾, weisen zwar ausdrücklich darauf hin, daß durch eine Vertragsänderung eine Auflösung verhindert werden könne, wenn eine "Änderung des Gesellschaftsvertrages in Güte" ⁴⁾ erfolge. Für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage ist mit diesem Hinweis jedoch nichts erreicht. Denn die Frage der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters und der sich daraus ergebenden Rechtsfolge erhält erst dadurch ihre Bedeutung, daß die Gesellschafter sich, zumindest während des Prozesses, nicht auf eine Neuregelung der Vertretungsmacht zu einigen vermögen. Es dürfte schwer sein, "in Güte" mit dem Beklagten für den Fall seines Unterliegens schon zur Zeit des Prozesses eine Einigung über die Neuregelung der Vertretungsbefugnis zu erlangen. Denn

1) Leyser a.a.O. S. 45; Buchwald DB 57, 109; Fischer NJW 59, 1061; Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 9.

2) BB 61, 1342.

3) Etwa auch Schlegelberger bis einschl. 3. Aufl. § 127 Anm. 9.

4) Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 9.

daraus, daß eine gütliche Einigung hier kaum zu erwarten steht, ergeben sich erst die Schwierigkeiten. Es ist demnach davon auszugehen, daß bei Beginn des Prozesses noch keine gütliche Vereinbarung über die Neuverteilung der Vertretungsmacht besteht und auch nicht zu erreichen ist.

§ 3 Rechtsfolgen der für zulässig gehaltenen Entziehungsklage

Zahlreicher sind die Vertreter der Ansicht, die den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen und die Entziehungsklage auch gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter für zulässig halten ¹⁾. Im Hinblick auf eine Neuordnung der Vertretungsbefugnisse ergeben sich jedoch große Unterschiede in den Auffassungen, und zwar einmal über die Frage, ob überhaupt eine neue Vertretungsordnung die alte ablöst, zum anderen, wie diese Neuordnung der gesellschaftlichen Vertretungsmacht auszusehen hat, und schließlich, wie die Neuregelung zustande kommt, ob durch gerichtliche Entscheidung oder durch Zusammenwirken der Gesellschafter.

I. Auflösung der vertreterlosen Gesellschaft

Nach einer verbreiteten Meinung ist die Entziehungsklage zwar zulässig, sie führe aber zu einem vertreterlosen Zustand der Gesellschaft, den die Gesellschafter aus eigener Kraft zu beseitigen hätten ²⁾. Das RG hat die Entziehung der Vertretungsmacht auch des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters rückhaltlos bejaht. Das HGB gestatte nun einmal schlechthin die Ausschließung von der Vertretungsmacht. Es schreibe vor, daß einem Gesellschafter, wenn ein

1) BGH 33, 108; RG 74, 300; v. Godin JR 48, 62; Haupt-Reinhardt S. 48; Schlegelberger, 4. Aufl., § 127 Anm. 9; Weipert § 127 Anm. 8; Hueck S. 212; Wiedemann S. 374; Fischer a.a.O.; Lehmann-Ring Nr. 8 zu § 125; Makower Bem. 5 b zu § 125; Ritter § 127 Anm. 2 a.

2) RG 74, 298 ff.; Weipert § 127 Anm. 8; Staub § 127 Anm. 4; Wilker S. 29 ff.

wichtiger Grund vorliege, die Vertretungsmacht entzogen werden könne. "Es ist nicht nur ein Schluß zwingender Logik, daß, was von einem Gesellschafter schlechthin bestimmt wird, auch von jedem gelten muß, sondern es ist auch nicht einzusehen, weshalb diese Maßregel gerade da als unzulässig entfallen soll, wo der einzige zur Vertretung berechtigte Gesellschafter Anlaß zu gerechtfertigter Beschwerde gibt", sagt das RG.

Das RG begnügte sich mit dieser Feststellung, ohne zu erklären, wie die Gesellschaft weiterhin vertreten werde. Es nahm hin, daß die Gesellschaft zumindest vorübergehend vertreterlos würde, was mangels vertraglich bestellter Bevollmächtigter (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigter) die Bedeutung hätte, daß die Gesellschaft nicht am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen imstande wäre. Es erklärt ausdrücklich, daß eine sich im Anschluß ergebende Gestaltung des Rechtsverhältnisses, wonach sämtliche Gesellschafter zusammen handlungsbefugt wären, abzulehnen sei, weil es sich dann nur um eine Abänderung in eine Gesamtvertretungsmacht, die eine Beschränkung der Vertretungsmacht wäre, handele. Durchschlagende Bedenken gegen eine völlige Beseitigung der Vertretungsmacht beständen nicht ¹⁾.

Für Leyser ²⁾ hat die Ansicht des RG nur einen geringen praktischen Wert, weil im Ergebnis die Gesellschaft liquidieren müßte, da ohne Zustimmung des Betroffenen die Vertretungsmacht nicht neu geregelt werden könnte. Eine entsprechende einstweilige Verfügung vermöchte hieran nichts zu ändern, da diese nur vorläufige Wirkung habe. Tatsächlich unterscheidet sich diese Ansicht des RG im Ergebnis auch nicht allzu sehr von derjenigen, die von vornherein an die Stelle der Entziehungsklage die Ausschluß- oder Auflösungsklage treten lassen will. Sie zeigt nämlich den Weg zu einer

1) Dieser Ansicht des RG hat sich von der älteren Literatur besonders Gorski, S. 154, angeschlossen.

2) S. 50.

vertreterlosen Gesellschaft, ohne einen Hinweis zur Beseitigung dieses Zustandes zu geben, der auf Dauer zur Auflösung führen muß. Daß die Auflösung in vielen Fällen das Ergebnis sein wird, zeigen etwa die Anmerkungen von Weipert ¹⁾. Auch Weipert hält die Entziehung der Vertretungsmacht für zulässig, wenn nur ein vertretungsberechtigter Gesellschafter vorhanden ist. Der Umstand, daß die Gesellschaft dadurch zunächst ohne Vertretung sei, auch wenn eine Vertretung an sich unentbehrlich sei, spreche nicht dagegen. Wie in allen Fällen des Wegfalls von Vertretern, z.B. durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit, sei es Aufgabe der Gesellschafter, durch Änderung des Gesellschaftsvertrages für Abhilfe zu sorgen. Wenn die Gesellschafter sich aber nicht zu einigen vermöchten, bliebe nur die Auflösung oder deren Ersatz (§§ 133, 140, 142 HGB). Unter Umständen könne auch die Weigerung eines anderen Gesellschafters, bei der Umgestaltung des Vertrages mitzuwirken, ein Ausschließungsgrund sein. Diese Meinung von Weipert geht somit ebenfalls davon aus, die Gesellschaft der Auflösung zu überlassen, wenn sich eine gütliche Einigung der Gesellschafter über eine Neuregelung der Vertretungsmacht nicht finden läßt.

Auch Wilker ²⁾ und Staub-Pinner ³⁾ räumen ein, daß die unvertretene Gesellschaft zu praktischen Schwierigkeiten führen könne. Es verdiene aber der Grundsatz Beachtung, daß es dem Gesetz widerspreche, wenn durch die Entziehung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters die Vertretungsmacht der übrigen Gesellschafter verstärkt werde. Zum anderen widerspreche es auch dem bestehenden Gesellschaftsvertrage, wenn jetzt alle Gesellschafter ohne Einwilligung des Beklagten Gesamtvertretungsmacht hätten. Denn der Gesellschaftsvertrag hätte gerade die Bestimmung zum Inhalt, daß die übrigen Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausge-

1) § 127 Anm. 8.

2) S. 29.

3) Band I, 14. Aufl., § 127 Anm. 5.

schlossen seien. Im übrigen konnten die Gesellschafter sich gegen diese möglicherweise eintretenden Schwierigkeiten durch Aufnahme geeigneter Bestimmungen in dem Gesellschaftsvertrag schützen. Andernfalls müßten sie die Auflösung eben in Kauf nehmen.

Die Anhänger der hier beschriebenen Meinung wollen also die Entziehungsklage nicht von vornherein als unzulässig ansehen. Sie sind aber bereit, in nicht allzu großer Abweichung von der oben unter § 2 dargestellten Ansicht, eine Auflösung der Gesellschaft oder deren Ersatz ¹⁾ für den Fall hinzunehmen, daß die Entziehungsklage zu den hier beschriebenen Schwierigkeiten führt.

II. Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter

Der BGH und die wohl überwiegende Meinung der Literatur ²⁾ argumentieren, allerdings immer nur im Hinblick auf eine OHG und nicht für den Fall einer KG mit nur einem Komplementär, hingegen wie folgt: Auch in einem Fall der Einräumung der Vertretungsmacht an nur einen Gesellschafter könne die Fortdauer dieses Zustandes unerträglich sein, so daß die Entziehungsklage auch gegen diesen wirksam müsse erhoben werden können. Die OHG könne aber nicht ohne Vertreter sein und deshalb stehe hilfsweise sämtlichen Gesellschaftern die Vertretung gemeinsam zu. Im Gegensatz zu der geschilderten Meinung des Reichsgerichts hält der BGH also eine vertretungslose Gesellschaft für nicht möglich. Er führt aus: "Eine solche Entziehung führt nicht zu einem rechtlich unmöglichen Zustand, da in einem Falle dieser Art eine Gesamtvertretung aller Gesellschafter angenommen werden muß" ³⁾.

Da nach dieser Ansicht auch der von der Entziehung betroffene Gesellschafter an der Gesamtvertretung beteiligt wird,

1) §§ 140, 142 HGB.

2) BGH 33, 108; v. Godin JR 48, 62; Haupt-Reinhardt S. 48; Schlegelberger Anm. 9; Hueck S. 212; Wiedemann S. 374.

3) BGH a.a.O.

handelt es sich eigentlich also nicht um eine völlige Entziehung, sondern lediglich um eine Beschränkung der Vertretungsmacht, deren Zulässigkeit "sich ohne weiteres aus dem Gesetz ergibt" ¹⁾. Der BGH würde also in dem ersten hier gebildeten Fall als Folge der Entziehung der Vertretungsmacht des A Gesamtvertretungsmacht von A und B annehmen. Bei der Anwendung dieser Regel auf den in der Einleitung gebildeten zweiten Fall einer zweigliedrigen KG stieße man jedoch sofort auf Schwierigkeiten. Eine Gesamtvertretung des Komplementärs A und des Kommanditisten B hätte nach herrschender Meinung nämlich deshalb auszuschneiden, weil bei einer KG die Kommanditisten nicht zur Vertretung "ermächtigt" sind, § 170 HGB ²⁾. Daraus müßte man eigentlich im Sinne der BGH-Argumentation ableiten, daß im zweiten Fall die Entziehung zu einem rechtlich "unmöglichen Zustand" führe, da eine Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter bei der KG nicht angenommen werden kann, so daß bei konsequenter Durchführung des Gedankenganges des BGH im zweiten Fall die Klage erfolglos bleiben müßte. Ob der BGH allerdings tatsächlich bei der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen Komplementärs einer KG anders verfahren würde als bei der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters einer OHG, kann nicht festgestellt werden, da er bis heute über diesen Fall - soweit ersichtlich - nicht zu entscheiden hatte. Auch das Schrifttum übrigens, welches die Meinung des BGH unterstützt, unterläßt es, hier zu differenzieren ³⁾.

III. Vertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters

Gegen die Meinung des BGH, daß in Fällen der hier gegebenen

1) RG 74, 300.

2) Schlegelberger § 170 Anm. 3 m.w.N.

3) Vgl. etwa Baumbach-Duden § 127 Anm. 1 c; Schlegelberger § 127 Anm. 9 und § 170 Anm. 3, wo kritiklos auf die BGH-Rechtsprechung verwiesen wird.

Art von einer Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter ausgegangen werden müsse, ist zum Teil auch eingewendet worden, wenn die Gesellschaft fortgesetzt werde, müsse im Einklang mit dem gesetzlichen Regelfall von einer Einzelvertretung aller Gesellschafter ausgegangen werden ¹⁾. Merfeld ²⁾ schlägt für den insoweit gleichliegenden Fall der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis ebenfalls vor, alle vertraglichen Abmachungen als wirkungslos anzusehen und an ihre Stelle die gesetzliche Regelung des § 114 Abs. 1 HGB treten zu lassen, wonach jeder Gesellschafter allein geschäftsführungsbefugt ist. Auch Gierke ³⁾ hält, freilich für den von ihm für unzulässig gehaltenen Fall eines vertraglich vereinbarten Vertretungsausschlusses aller Gesellschafter, die Annahme einer Gesamtvertretung für verfehlt und will die gesetzliche Regelung der Einzelvertretungsmacht eines jeden Gesellschafters in diesen Fällen angewendet wissen.

Schließlich sei auf die zurückhaltend formulierte Meinung Weiperts ⁴⁾, es könne regelmäßig als stillschweigend vereinbart gelten, daß bis zur Neuregelung der Vertretung durch Vereinbarung der Gesellschafter die gesetzliche Regelung der Einzelvertretungsmacht eines jeden Gesellschafters gelten solle, verwiesen. Weipert will dabei aber wohl nicht von einer Einzelvertretungsbefugnis als Subsidiärbehelf ausgehen, sondern lediglich auf eine möglicherweise getroffene Parteivereinbarung Bezug nehmen.

IV. Neuordnung der Vertretungsmacht durch das Gericht

Es wird ferner die Meinung vertreten, daß der Richter eine Neugestaltung der Vertretungsbefugnis herbeiführen könne, ohne an irgendwelche Schranken gebunden zu sein, mithin je-

1) Buchwald BB 61, 1343.

2) ZHR 41, 76.

3) J. v. Gierke S. 207.

4) § 127 Anm. 8.

de ihm zweckmäßig erscheinende Umgestaltung vornehmen dürfe¹⁾. Entgegen der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelung soll einem anderen Gesellschafter die Vertretungsbefugnis übertragen werden können. Der Richter wäre befugt, positiv gestaltend in den Gesellschaftsvertrag einzugreifen. Zwar müsse zunächst versucht werden, die vertraglich getroffene Ordnung nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten²⁾. Sei dies aber nicht möglich, müsse der abberufene Gesellschafter, der die notwendig werdenden Änderungen des Gesellschaftsvertrages zu vertreten habe, als Folge einer gerechten Abwägung der Interessen der Gesellschafter und des Abberufenen eine Erweiterung der Befugnisse eines anderen Gesellschafters gegen sich gelten lassen. Verständigten die Gesellschafter sich nicht vor der Abberufung über eine Neuordnung, habe der Richter nach "billigem Ermessen zu entscheiden.

Wieland und Marcus denken mithin nicht nur an eine vorübergehende, für die Dauer eines Rechtsstreites zu treffende Maßnahme³⁾, sondern an eine Lösung für die Dauer des laufenden Gesellschaftsvertrages. Wieland⁴⁾ verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Vorschrift des § 29 BGB, nach dessen Wortlaut in dringenden Fällen bei Fehlen der erforderlichen Vorstandsmitglieder eines Vereins bis zur Behebung des Mangels ein Notvertreter bestellt werden kann. Die Anwendung dieser Vorschrift auf Personalhandelsgesellschaften ist im übrigen z.B. bei Ostenteignungen, bei denen der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter ostzonalem Einfluß unterlag oder infolge Inhaftierung oder anderer Gründe die Vertretungsmacht nicht ausüben konnte, auch sonst schon be-

1) Vgl. Marcus Holdh. Mschr. 09, 23; Wieland S. 576 Anm. 60; 588 Anm. 17.

2) Wieland a.a.O.

3) Die nach herrschender Meinung durch das Gericht im Wege einstweiliger Verfügung getroffen werden kann, vgl. BGH 33, 108.

4) A.a.O.

fürwortet worden ¹⁾. Für eine Ansicht jedoch, wonach das Gericht bei Fehlen eines weiteren zur Vertretung geeigneten Gesellschafters in entsprechender Anwendung des § 29 BGB den Mangel der Vertretung auf Dauer zu heilen vermöchte, findet sich, soweit ersichtlich, außer dem erwähnten Hinweis von Wieland, auf den sich auch Siegwart zur Stützung seiner dieser Lösung entsprechenden Meinung im Schweizer Recht be-
ruft ²⁾, kein weiterer Anhalt.

V. Mitwirkungspflicht aller Gesellschafter an einer Vertragsänderung

Gegenüber dem geschilderten Eingriffsrecht des Richters zur Neugestaltung der Vertretungsorganisation sind die Stellungnahmen, die zumindest andeuten, daß aus dem gesellschaftlichen Treueverhältnis sich für alle Gesellschafter, also auch für den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, die Verpflichtung ergäbe, an einer Neuregelung der Vertretungsbefugnis mitzuwirken, weit häufiger ³⁾.

Die Mitwirkungspflicht des abberufenen Gesellschafters an einer Vertragsänderung sei hier genauso zu bejahen wie in anderen von der Rechtsprechung anerkannten Fällen einer Vertragsanpassung bei Gesellschaftsverträgen. In einem Falle

1) Imig NJW 59, 856; Beitzke BB 49, 519.

2) Züricher Kommentar zu Art. 554-556 OblR, Rand-Nr. 28 ff.

3) Vgl. für die Frage der Geschäftsführungsbefugnis Schlegelberger § 117 Anm. 12; Weipert § 117 Anm. 26; Hueck S. 112; RG in JW 24, 671 mit Anm. Hoeniger. Ausdrücklich für den Fall der Entziehung der Vertretungsmacht Fischer NJW 59, 1062; Müller NJW 55, 1909; Reiff NJW 64, 1941, der sich jedoch zu Unrecht auf den BGH, LM Nr. 8 zu § 105 HGB, beruft. Der BGH beschäftigt sich in dieser Entscheidung überhaupt nicht mit einer hinsichtlich der Vertretungsmacht notleidend gewordenen Gesellschaft, sondern führt lediglich aus, daß ein Gesellschafter einer Personalhandels-gesellschaft nur unter engen, besonderen Voraussetzungen verpflichtet ist, einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen. Der BGH vertritt gerade nicht diese Lösung, sondern behilft sich mit der Annahme einer subsidiären Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter.

der hier gegebenen Art könnten die Gesellschafter dann die Entziehungsklage auch mit einer Klage auf Zustimmung des Beklagten zu einem zumutbaren Neuordnungsvorschlag verbinden ¹⁾. Während indes für Fischer eine Vertragsänderungspflicht notwendig wird, um die nach seiner Ansicht zunächst gegebene Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter, wenn diese sich in ihrer praktischen Auswirkung als zu schwerfällig erweist, durch eine schlagkräftigere Neuordnung der Vertretungsmacht zu ersetzen, hält Reiff eine durch die Gesellschafter zu treffende Neuordnung der Vertretungsmacht für die sofort im Anschluß an die Entziehungsklage in Betracht kommende Lösung, ohne daß es ein Zwischenstadium der Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter gäbe. Interessant ist, daß Reiff die Frage im Rahmen einer Untersuchung über die Entziehung der Vertretungsbefugnis des einzigen Komplementärs einer KG erörtert, bei der nach h. M. eine Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter nicht möglich ist, während Fischer sich nur mit der Entziehung der Vertretungsbefugnis bei einer OHG befaßt, ohne dabei auf die Frage der Anwendbarkeit des von ihm vertretenen Grundsatzes der Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter bei einer KG einzugehen. Fischer unterläßt es auch, eine Erklärung dafür zu geben, wie bei einer zweigliedrigen KG der Gesellschaftsvertrag "zumutbar" geändert werden könne.

VI. Bestellung eines Drittorgans als Übergangsregelung

Schließlich sei noch die fast einmütig für zulässig gehaltene Befugnis des Gerichts, im Wege einstweiliger Verfügung die Vertretungsmacht bis zur Beendigung des Entziehungsprozesses zu regeln, erwähnt ²⁾.

1) Fischer a.a.O.; Reiff a.a.O.

2) Bereits ROHG 16, 72; RG 22, 170; auch BGH 33, 108; Hueck S. 218 Note 78; Reiff a.a.O.; Schlegelberger § 127 Anm. 12; Ritter § 127, 2 C; Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 7; Wiedemann S. 375 f.; Neufeld-Schwarz § 127 Anm. 2.

Die Entziehung gem. § 127 HGB erfolgt unmittelbar durch gerichtliche Entscheidung, und das Urteil wirkt konstitutiv. Bis zum Eintritt der Rechtskraft wäre der verklagte Gesellschafter also normalerweise noch zur Vertretung befugt. Da dieser Gesellschafter aber während des Entziehungsprozesses u.U. noch größeren Schaden anrichten könnte, entspricht es einem Bedürfnis, daß die anderen Gesellschafter sich präventiv durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen ein unbefugtes Handeln des betreffenden Gesellschafters schützen können, indem dem Beklagten die Vertretungsmacht sofort entzogen wird und einem anderen Gesellschafter oder sogar, wie die herrschende Meinung trotz des Grundsatzes der "Selbstorganschaft" anerkennt, einem Dritten verliehen wird.

Die letztere vielfach praktizierte ¹⁾ und wohl auch geeignete Lösung zur Beruhigung des Gesellschaftskonfliktes hat dem BGH in der Begründung freilich nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereitet. Der BGH hat aus der Sonderbestimmung des § 146 Abs. 2 S. 1 HGB, wonach im Liquidationsfall das Gericht einen Nichtgesellschafter zum Liquidator ernennen kann, abgeleitet, daß auch für die Dauer eines Auflösungsrechtsstreites ein Nichtgesellschafter zum alleinigen Vertreter der Gesellschaft bestellt werden könne. Der Grundsatz einer organschaftlichen Vertretungsmacht nur durch Gesellschafter gelte nämlich nicht ausnahmslos. Eine vorübergehende Vertretung durch einen Nichtgesellschafter könne notwendig werden, um eine allen Gesellschaftern gerecht werdende Regelung auf Dauer zu erreichen. Wie im Fall der Liquidation die "Interessenparallelität" der Gesellschafter einer werbenden Gesellschaft durch einen "Interessenpluralismus" abgelöst werde ²⁾, werde auch im typischerweise gleichliegenden Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der Gesellschaft die Interessenparallelität durch einen Interessenpluralismus abgelöst. Da ein gedeihliches Zusammenwirken der

1) Lange-Ronneberg JW 34, 1085.

2) Begriffe von Wiedemann S. 374.

Gesellschafter nicht erwartet werden könne, sei bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ein gerichtlicher Eingriff geboten und dabei im Interesse aller Beteiligten eine vorläufige Regelung für die Dauer des Prozesses zu treffen, die sich nicht darauf beschränken könne, mit der Vertretung der Gesellschaft nur einen Gesellschafter zu beauftragen ¹⁾. Der BGH hält unter Hinweis auf § 940 ZPO eine einstweilige Verfügung, die die Vertretung einstweilen regelt, für zulässig ²⁾.

Ob dieses vom BGH erarbeitete Prinzip ³⁾ auch für den Prozeß einer Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter gelten soll, wird vom BGH zwar unerörtert gelassen. Hueck ⁴⁾, Schlegelberger ⁵⁾ und Wiedemann ⁶⁾ bejahen aber diese Frage, während Fischer ⁷⁾ die Anwendbarkeit des auch von ihm grundsätzlich befürworteten Prinzips auf die Entziehungsklage bezweifelt, da es sich bei dieser nicht um eine der Liquidation vergleichbare personelle Teilauseinandersetzung handele. Hueck hält Fischer gegenüber aber eine vorübergehende Einsetzung eines unpar-

1) Die Bedenken dagegen, daß eine Vertretung durch einen Nichtgesellschafter, die nach Ansicht des BGH nicht zulässig ist und daher auch nicht Gegenstand eines Hauptprozesses sein kann, wohl durch eine einstweilige Verfügung angeordnet werden kann, werden vom BGH unter Hinweis auf die Notwendigkeit vorübergehender Vertretung durch einen Nichtgesellschafter sowie die Sonderregelung des § 146 Abs. 2 S. 1 HGB ausgeräumt.

2) Diese auf § 940 ZPO gestützte einstweilige Verfügung zur "Regelung eines einstweiligen Zustandes" dient nicht der Zwangsvollstreckung des mit der Ausschlußklage geltend gemachten Anspruchs, sondern der Sicherung des Rechtsfriedens, vgl. BGH 33, 112.

3) Die Bestellung eines Nichtgesellschafters zum ausschließlichen Vertreter im einstweiligen Verfügungsverfahren entspricht zwar schon länger h.M. (Schwarz § 127 Anm. 2; Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 7; Weipert § 127 Anm. 13; RG 22, 170; ROHG 16, 72). Eine eigentliche Begründung für diese Ausnahme vom Grundsatz einer Vertretung nur durch Gesellschafter gibt aber erst der BGH.

4) S. 218.

5) § 127 Anm. 12.

6) S. 375.

7) LM Nr. 8/9/10 zu § 140 HGB.

teilischen Dritten auch in diesem Fall für so "dringend erforderlich", daß er die "entgegengesetzten mehr theoretischen Bedenken" überwinden will ¹⁾.

3. Abschnitt: Kritik an den Lösungen, die zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft führen

§ 4 Die vorübergehend unvertretene Gesellschaft

Zunächst stellt sich nun die Frage, ob die Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter überhaupt zulässig ist. Diese Frage wird von der überwiegenden Meinung mit guten Gründen bejaht. Das RG gibt das sicherlich nicht zu übersehende Argument an die Hand, daß nicht einzusehen sei, weshalb die Entziehungsklage "gerade da als unzulässig entfallen soll, wo der einzige zur Vertretung berechnigte Gesellschafter Anlaß zu gerechtfertigter Beschwerde gibt" ²⁾. Indes entfallen damit nicht alle rechtlichen Schwierigkeiten, zumal wenn man an das Beispiel einer KG mit nur einem Komplementär denkt, bei der eine von selbst eintretende ersatzweise Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter von vornherein, vgl. § 170 HGB, ausscheidet. Die wenigen Vertreter der Meinung, die gegen die Zulässigkeit der Entziehung der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechnigten Gesellschafters überhaupt sind, bedienen sich nämlich des Arguments, die Entziehung der Vertretungsmacht führe zu einem rechtlich nicht möglichen Zustand der Gesellschaft. Durch die Abberufung des einzigen vertretungsberechnigten Gesellschafters werde der Gesellschaftsvertrag, da die Gesellschaft dann unvertreten sei, undurchführbar, eine Undurchführbarkeit des Gesellschaftsvertrages dürfe aber nicht Folge der Entziehung sein ³⁾. Wenn man davon ausgeht,

1) S. 218 Fn. 78.

2) RG 74, 301.

3) Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 9; § 125 Anm. 4; Leyser S. 43 ff.; Schlegelberger bis zur 3. Aufl. Anm. 9 zu § 127.

daß mit dem Entziehungsurteil an die Stelle der bisherigen Vertretungsordnung keine Ersatzvertretungsordnung tritt, ist eine vorübergehend unvertretene Gesellschaft in der Tat nicht zu vermeiden, denn der Beklagte wird sich auf eine Neuregelung der Vertretung nicht schon vor oder während des Entziehungsprozesses einlassen, sondern frühestens nach Vorliegen des Entziehungsurteils. Es bedarf hier also der Untersuchung, ob eine Gesellschaft ohne Vertreter als unmitttelbare Folge einer Entziehungsklage gemäß § 127 HGB ein undenkbares, dem Gesetz schlechthin widersprechendes Ergebnis wäre.

Die Fragen des vertraglichen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung und die der Entziehung der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters werden nun von denen, die die Entziehungsklage für unzulässig halten, verknüpft ¹⁾. Wenn der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht nicht möglich sei, könne auch - so wird gesagt - die Entziehung der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters mit der Folge, daß die Gesellschaft unvertreten sei, nicht zulässig sein ²⁾. Umgekehrt hat die früher h.M., die den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht für zulässig hielt, es stets für unbedenklich gehalten, daß die Gesellschaft als Folge der Entziehungsklage gemäß § 127 HGB ohne Vertreter sei ³⁾.

Zu Recht weist jedoch bereits Wilker ⁴⁾ darauf hin, daß die Untersuchung der hier in Rede stehenden Maßnahmen getrennt

1) Leyser a.a.O.; Düringer-Hachenburg a.a.O.

2) Deutlich Leyser S. 44, 47; Düringer-Hachenburg a.a.O.

3) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 588; Makower § 127 VII: "War keiner der anderen Gesellschafter vertretungsberechtigt, ohne Mitwirkung desjenigen, dem die Vertretungsmacht entzogen ist, so ist nach der Entziehung eine Gesellschaft ohne vertretungsberechtigten Gesellschafter vorhanden"; Gorski S. 154; Lehmann-Ring § 125 Nr. 1.

4) S. 22.

werden müsse, obwohl es den Anschein habe, daß in beiden Fällen die Gesellschaft vertreterlos werde. Schon die gesetzlichen Vorschriften seien verschieden. Die Entziehung der Vertretungsmacht stütze sich auf § 127 HGB, während ein möglicherweise zulässiger vereinbarter Ausschuß sich auf § 125 HGB stütze. Zum anderen zeige sich auch, daß die Anhänger der Ansicht eines unzulässigen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht überwiegend eine Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters für zulässig hielten, also das eine ablehnen und dennoch das andere für möglich halten ¹⁾.

Eine durchaus mögliche unterschiedliche Beantwortung der Fragen läßt sich auch aus folgender Überlegung herleiten, ohne daß zur Frage des Vertragsausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung endgültig Stellung genommen werden muß. Unterstellt, es sei unzulässig, daß sich alle Gesellschafter von der Vertretungsmacht durch Vertrag ausschlossen, so wäre damit nicht gesagt, daß für eine Entscheidung der Entziehungsklage, die ja durch Urteil erfolgt, nicht etwas anderes zu gelten hätte. Denn selbst wenn man berücksichtigt, daß auch die Entziehungsklage letztlich auf dem Willen der Gesellschafter beruht, kann kaum gesagt werden, der Erfolg, eine Gesellschaft ohne Vertretung, wäre von den Klägern willkürlich herbeigeführt. Eine durch eine Entziehungsklage zwangsläufig bedingte Vertreterlosigkeit der Gesellschaft wäre von diesen allenfalls deshalb gewollt, um zu einer Neuregelung der Vertretungsmacht zu kommen, um diese lediglich als "notwendiges Übel" in Kauf zu nehmen. Der Wille der Kläger ist also nicht darauf gerichtet, auf Dauer einen vertreterlosen Zustand zu schaffen, sondern sie wollen eine vorübergehende Vertreterlosigkeit in Kauf nehmen, auf Dauer aber eine Vertragsordnung schaffen, die die Vertre-

1) Schlegelberger, 4. Aufl., § 125 Anm. 11 einerseits, § 127 Anm. 9 andererseits; Weipert § 125 Anm. 26 u. § 127 Anm. 8; Staub-Pinner Anm. 3 zu § 125 u. Anm. 3 zu § 127; Ritter § 125 Anm. 3, § 127 Anm. 3.

tungsbefugnis unter Ausschluß des Beklagten von der Vertretungsbefugnis regelt.

Nun ist zwar der BGH ¹⁾ dem Argument, durch die Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters würde ein rechtlich unhaltbarer Zustand geschaffen, mit dem Hinweis entgegengetreten, daß hier eine Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter angenommen werden müsse, weil die Entziehungsklage nicht zu einem rechtlich unmöglichen Zustand führen dürfe. Daß der BGH damit allerdings zum Ausdruck hat bringen wollen, eine Gesellschaft ohne einen zur Vertretung berechtigten Gesellschafter sei kein denkbarer Rechtszustand, ist nicht anzunehmen. Einmal verweist der BGH zur Stützung seiner Ansicht auf die Entscheidung des RG ²⁾, das der völligen Beseitigung der Vertretungsmacht bei allen Gesellschaftern "keine durchgreifenden Bedenken" beimaß. Zum anderen ergibt sich auch dafür, daß eine vorübergehend unvertretene Gesellschaft nicht möglich ist, kein Anhaltspunkt, und zwar weder im Gesetz noch auch in der eigenen Rechtsprechung des BGH. Es findet sich tatsächlich nirgends der Hinweis, daß z.B. bei Fehlen eines zweiten vollhaftenden Gesellschafters eine Gesellschaft, wenn der einzige Komplementär geschäftsunfähig wird und ein gesetzlicher Vertreter noch nicht bestellt ist, ab sofort nicht mehr existent wäre. Eine Gesellschaft erlischt nicht einmal mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes, also z.B. des Todes eines Gesellschafters. Mit ihrer Auflösung ist die Gesellschaft nicht aus dem Rechtsverkehr verschwunden ³⁾, es hat sich nur der Gesellschaftszweck geändert. Vorübergehend unvertretene bis zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters sind im übrigen auch Einzelhandelsgeschäfte, deren Inhaber nur geschäftsunfähige Erben hinterlassen. Und auch Personalhandelsgesellschaften, deren Gesellschafter den § 131 Nr. 4

1) Bd. 33, 108.

2) Bd. 74, 297.

3) Weipert § 131 Anm. 2.

HGB abbedungen haben und die sich daher nicht in Abwicklungsgesellschaften umwandeln, sind, wenn der alleinvertretungsberechtigte Gesellschafter stirbt, unvertreten ¹⁾. Eine Gesellschaft ohne Vertreter ist also zwar ein Mißstand, den die Gesellschafter in eigenem Interesse zu beseitigen gehalten sind, eine Gesellschaft ohne Vertreter ist aber kein Umstand, der die Existenz der Gesellschaft beseitigt.

Man könnte allerdings von dem Standpunkt aus, daß der vertragliche Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung unzulässig sei, daran denken, daß eine Gesellschaft ohne Vertreter sich automatisch im Auflösungsstadium befinde. Keiner der im § 131 HGB genannten Auflösungsgründe liegt jedoch vor. Es ist zwar streitig, ob in § 131 HGB die Auflösungsgründe erschöpfend aufgezählt sind ²⁾, die Frage ist aber zu bejahen. Außer der Entstehungsgeschichte des § 131 HGB ³⁾ spricht dafür ein Vergleich mit den Auflösungsgründen des BGB, § 723 Abs. 1 S. 2 BGB. Diese sind im § 131 HGB zum Teil wiederholt, was überflüssig wäre, wenn noch andere Auflösungsgründe in Betracht kämen.

Wenn die unvertretene Gesellschaft aber noch nicht von selbst aufgelöst wird, könnte allenfalls ein Grund für eine Auflösungsklage gegeben sein. Nach dem Gesetz setzt die Auflösungsklage gemäß § 133 HGB aber einen Antrag eines Gesellschafters voraus. Solange also kein Antrag gestellt ist, besteht die Gesellschaft weiter, ohne einen Vertreter zu haben. Im übrigen ist zu beachten, daß nach h.M. erst bei endgültiger, nicht aber bei vorübergehender Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes, deren Überwindung zumutbare Schwierigkeiten enthält, die Gesellschaft aufgelöst

1) Hill S. 23.

2) Dafür Hueck S. 253; RG in HoldhMschr 15, 184; Schlegelberger Anm. 35 zu § 131 HGB; dagegen: Wieland S. 676 Anm. 35; Düringer-Hachenburg § 131 Anm. 10.

3) Vgl. Denkschrift I zum HGB S. 97, welche von einer "zusammenfassenden Aufzählung der Tatsachen", durch welche die OHG aufgelöst wird, spricht.

wird ¹⁾. Der BGH-Argumentation, nach der eine Gesellschaft ohne vertretungsberechtigten Gesellschafter als rechtlich unmöglicher Zustand anzusehen ist, kann mithin nur die Bedeutung entnommen werden, daß eine Gesellschaft ohne Vertretung nicht mehr am Rechtsverkehr wirksam teilnehmen kann, nicht aber die, daß ein vorübergehender vertreterloser Zustand der Gesellschaft als rechtlich unmöglich anzusehen sei.

Hierfür kann übrigens auch eine jüngere Entscheidung des BGH ²⁾ - sogar die desselben Senats ³⁾ - angeführt werden. Der BGH führt dort aus: "Sieht aber der Gesellschaftsvertrag eine besondere Regelung für den Fall, daß ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ausscheidet oder seine Vertretungsmacht aus einem sonstigen Grunde erlischt, nicht vor, so ändert der Eintritt eines solchen Tatbestandes grundsätzlich nichts an der Vertretungsmacht der anderen Gesellschafter. Fällt also ein Gesamtvertreter fort, so erhält nicht etwa der andere Gesellschafter, der mit ihm zusammen vertretungsberechtigt war, Alleinvertretungsmacht, Selbst in Not- oder Eilfällen kann von der Mitwirkung der nach dem Gesellschaftsvertrage erforderlichen Anzahl von Gesellschaftern nicht abgesehen werden, da § 115 Abs. 2 HGB auf die Vertretung der Gesellschaft nach außen nicht anwendbar ist". Damit kommt zum Ausdruck, daß der BGH vorübergehend nicht ordnungsgemäß vertretene Gesellschaften, deren Mangel aber durch Zusammenwirken aller Gesellschafter geheilt werden kann, durchaus hinnimmt ⁴⁾.

Man wird im Ergebnis aber auch den Gesellschaftsvertrag nicht als rechtlich absolut undurchführbar bezeichnen können, wenn kein Gesellschafter mehr zur Vertretung der Gesellschaft als Folge einer Klage gemäß § 127 HGB berechtigt ist. Zwar ist

1) Schlegelberger § 131 Anm. 35; § 133 Anm. 13.

2) JR 65, 21.

3) Sowohl die Entscheidung BGH 33, 108 wie auch die in JR 65, 21 sind vom II. Zivilsenat.

4) Vgl. auch Anm. Beitzke in JR 65, 22 zu der erwähnten Entscheidung des BGH.

richtig, daß ein Vertreter für eine Personalhandelsgesellschaft als einer Außengesellschaft zur Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr wirtschaftlich, praktisch und auch rechtlich unentbehrlich ist, so daß man den Gesellschaftsvertrag, insoweit es die Vertretung der Gesellschaft betrifft, als tatsächlich nicht mehr durchführbar ansehen mag. Das Kernstück des Gesellschaftsvertrages jedoch, die Verpflichtung zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma, dem die Regelung der Vertretungsbefugnis eigentlich nur dienen soll, bleibt zunächst weiter durchführbar, auch wenn ein Weg oder ein Mittel zur Erreichung des Vertragszweckes vorübergehend ausfällt. Zur Erreichung des Vertragszweckes ist eine Neuordnung der Vertretungsmacht nötig. Entscheidend muß daher für die Frage der Durchführbarkeit des Gesellschaftsvertrages sein, ob es eine Möglichkeit gibt, den Mangel der Vertretung der Gesellschaft durch Neuordnung der Vertretungsmacht zu heilen.

Es muß jedoch auf eine für Dritte möglicherweise nachteilig wirkende, sich aus der Vertreterlosigkeit der Gesellschaft ergebenden Folgeerscheinung hingewiesen werden, die die Unzulässigkeit eines auch nur vorübergehenden vertreterlosen Zustandes zur Folge haben könnte. Dritten ist es zwar auch hier nicht versagt, Ansprüche gegen die Gesellschaft im Prozeßwege zu verfolgen. Gem. § 57 ZPO, der auch auf Personalhandelsgesellschaften Anwendung findet, kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts der Partei, die ohne gesetzlichen Vertreter ist, in dringenden Fällen für die Zeit des Prozesses einen gesetzlichen Vertreter zuordnen ¹⁾.

Bedenken muß es aber begegnen, daß z.B. empfangsbedürftige Willenserklärungen der Gesellschaft nicht zugehen könnten, wenn niemand zur Vertretung berechtigt wäre ²⁾. Zwar wird

1) Ritter § 125 Anm. 3; Leyser S. 46.

2) Auch § 132 Abs. 2 BGB hilft nicht. Diese Vorschrift heilt nicht die Fälle, in denen die Vertretungsmacht gar nicht vorhanden ist, sondern betrifft den Fall, daß über denjenigen, der die Vertretungsmacht innehat, keine Klarheit herrscht.

die Gesellschaft in aller Regel einen zur Entgegennahme von Willenserklärungen vertretungsberechtigten Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten haben, so daß die Frage eines größeren praktischen Bedürfnisses entbehren mag. Während ein Dritter jedoch beim Vormundschaftsgericht gem. § 1774 BGB die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters herbeiführen kann ¹⁾, wenn ein Minderjähriger keinen gesetzlichen Vertreter hat, oder auch durch eine Anzeige für unbekannte Beteiligte die Bestellung eines Pflegers erwirken kann, fehlt es hier an einer Vorschrift, wonach ein Dritter eine - wenn auch nur vorübergehende - Vertretung der Gesellschaft erreichen kann. Eine dem materiellen Recht entsprechende Vorschrift des § 57 ZPO für einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte (Kündigung, Mahnung) gibt es nämlich nicht.

Die Rechtsordnung ermöglicht indes auch hier eine dem Schutz Dritter gerecht werdende Lösung. Selbst wenn es der Gesellschaft an einem rechtsgeschäftlichen bestellten Vertreter ermangelte, könnte das Prozeßgericht gem. §§ 940, 938 ZPO Anordnungen treffen, welche zum Zwecke der einstweiligen Regelung des streitigen Dauerrechtsverhältnisses erforderlich sind, indem es vielleicht sogar Nichtgesellschaftern die Vertretungsbefugnis überträgt. Da es nach § 936 in Verbindung mit § 920 ZPO allerdings eines von dem Gläubiger zu stellenden Antrages zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung bedarf, wäre nicht unbedingt gewährleistet, daß auch tatsächlich ein Vertreter bestellt werden würde, auch wenn es sicherlich im Interesse aller Gesellschafter liegt, daß ein Notvertreter für die Gesellschaft bestellt wird.

Nun drängt sich für die wenigen Fälle, in denen die Gesellschaft auch keinen rechtsgeschäftlich bestellten zur Entgegennahme von Willenserklärungen berechtigten Vertreter hat, eine entsprechende Anwendung des § 29 BGB auf, zumal ja auch die Bestellung im Wege einer einstweiligen Verfügung nur für den Entziehungsprozeß erfolgt, mit Rechtskraft des Entzie-

1) Erman-Hefermehl § 1774 Anm. 2.

hungsurteils also noch nicht eine Neuordnung der Vertretungsmacht der Gesellschaft vorzuliegen braucht, so daß bis zur Neuordnung ein vertreterloser Zustand denkbar wäre. So sehr aber eine Abhilfe des vertreterlosen Zustandes einer Personalhandelsgesellschaft durch eine entsprechende Anwendung des § 29 BGB wünschenswert sein mag ¹⁾ - antragsbefugter Beteiligter i.S.d. § 29 BGB ist auch ein Dritter, der dem Verein gegenüber Willenserklärungen abgeben will ²⁾ -, bestehen doch andererseits ernsthafte rechtliche Bedenken gegen eine Anwendung dieser für juristische Personen geltenden Vorschrift auf die Personalhandelsgesellschaft ³⁾.

Man wird daher von Folgendem auszugehen haben. Die klagenden Gesellschafter können von der rechtlich anerkannten Möglichkeit, im Wege einstweiliger Verfügung die Bestellung eines Notvertreters zu erreichen, wenn die Gesellschaft vertreterlos zu werden droht, Gebrauch machen. Durch Erweiterung des Klagegegenstandes auf Verpflichtung des Beklagten zur Mitwirkung an einer zumutbaren Vertragsänderung besteht die Möglichkeit, bis zum Inkrafttreten einer neuen Vertretungsregelung durch einstweilige Verfügung einen Vertreter für die Gesellschaft zu gewinnen.

Unterlassen es die Gesellschafter, einen Antrag auf Notbestellung eines Vertreters zu stellen, müssen die Interessen Dritter geschützt werden ⁴⁾. Gegen eine Berufung der Gesellschaft auf eine mangelnde Empfangszuständigkeit bezüglich der empfangsbedürftigen Willenserklärungen muß demjenigen, der die Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft abzugeben versucht, die Einrede unzulässiger Rechtsausübung zustehen mit der rechtlichen Folge, daß die Willenserklärung als zugegangen zu gelten hat. Denn ein Berufen der Gesellschaft

1) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 193.

2) Staudinger § 29 Anm. 8.

3) Baumbach-Duden § 125 Anm. 1 D; Groschuff JW 39, 426; Reiff NJW 64, 1940; Schlegelberger § 125 Anm. 31; Beitzke a.a.O.

4) So auch Wilker S. 33.

auf den Nichtzugang der empfangsbedürftigen Willenserklärung müßte wohl, zumindest aber bei Kenntniserlangung durch die Gesellschafter, als sachlich ungerechtfertigte Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung angesehen werden ¹⁾.

Zudem wäre auch an eine entsprechende Anwendung des in Literatur und Rechtsprechung ²⁾ oft erörterten Ergebnisses zur Frage der Verhinderung des Zugangs von Willenserklärungen zu denken ³⁾, die allerdings nach heute h.A. nur noch Bedeutung für die Rechtzeitigkeit der Erklärung hat ⁴⁾. Denn im Fall der Verhinderung des Zugangs muß der Empfänger dennoch die Erklärung als rechtzeitig gelten lassen, wenn das Zugangshindernis ihm zurechenbar ist und wenn die Abgabe der Willenserklärung ohne Verzug wiederholt wird ⁵⁾. Im Gegensatz zum RG ⁶⁾, das mit einer Fiktion des Zugangs arbeitete und der vornehmlich älteren Literatur ⁷⁾, die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Verpflichtung auf Ermöglichung des Zugangs, § 249 BGB, in Betracht zog, bedarf es hiernach zwar einer wirklich zugegangenen Willenserklärung an den Empfänger. Da dem Empfänger der Willenserklärung, hier der Gesellschaft, die Verhinderung des Zugangs aber zurechenbar wäre, weil die Nichtbestellung von Vertretern in ihre Sphäre fällt, wird die Erklärung, auch wenn sie erst zugehen kann, nachdem eine vertretungsberechtigte Person bestellt ist, als im Zeitpunkt des Zugangsversuches zugegangen angesehen ⁸⁾.

Mit diesen Hinweisen auf den möglichen Schutz Dritter bis zu dem Inkrafttreten einer neuen Vertretungsordnung sei ab-

1) Wilker a.a.O.; Esser § 34, 3 - 5.

2) Vgl. etwa Staudinger-Coing § 130 Anm. 22; BGH LM § 130 Nr. 1.

3) Etwa bei zeitweiliger Abwesenheit des Erklärungsempfängers.

4) Flume § 14, 3 e.

5) Flume a.a.O.

6) Bd. 95, 315.

7) Nachweise bei Staudinger § 130 Nr. 22 b.

8) Zu allem Flume a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey § 158 II Anm. 3.

schließlich festgestellt, daß eine sich aus einer Entziehungsklage nach § 127 HGB möglicherweise vorübergehend ergebende unvertretene Gesellschaft nicht von vornherein als gesellschaftsrechtliches Unding angesehen werden muß. Daß die Gesellschaft infolge der Entziehung der Vertretungsmacht des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters vorübergehend unvertreten ist, steht der Zulässigkeit der Entziehungsklage mithin nicht entgegen. Die Frage freilich, wie der Mangel der Vertretung der Gesellschaft, der auf Dauer zur Auflösung der Gesellschaft führen müßte, beseitigt werden kann, wird dann zu beantworten sein, wenn sich ergeben sollte, daß die Auflösungs- und Ausschußklage als Mittel zur Lösung des Gesellschaftskonflikts nach Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht ohne weiteres in Betracht kommen können.

§ 5 Bedenken gegen eine Anwendung der Auflösungs- und Ausschußklage

Viele Autoren sehen, wie dargestellt, die Lösung des Gesellschaftskonflikts in der Auflösung der Gesellschaft oder in dem Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft. Nicht nur diejenigen, die die Entziehung der Vertretungsmacht von vornherein für nicht zulässig halten, sondern auch einige derjenigen, die der Entziehungsklage an sich nicht den Erfolg versagen wollen, sind der Ansicht, daß bei Nichtzustandekommen einer Einigung nur die Auflösung der Gesellschaft, § 133 HGB, oder deren Ersatz, §§ 140, 142 HGB, bleibe.

Hiermit sich zufrieden zu geben, fiele allerdings nicht allzu schwer, wenn die Gesellschaft, wie es das Gesetz als Normalfall vorsieht, für unbestimmte Zeit eingegangen wäre. Dann könnte nämlich der beklagte Gesellschafter zum Schluß eines Geschäftsjahres jederzeit kündigen, § 132 HGB. Ein Fortbestehen der Gesellschaft mit allen Mitgliedern wäre abhängig von seiner Zustimmung. Allein es gilt auch im Hinblick auf den § 132 HGB die von Geiler getroffene Feststellung, daß es

kaum eine Rechtsmaterie gäbe, "bei der die Dynamik der Rechtsentwicklung, bei der ferner die Spannungen zwischen dem geschriebenen und dem wirklichen Rechtszustande" so sehr in Erscheinung treten wie im Gesellschaftsrecht ¹⁾. Die Praxis geht nämlich eigene, von der Vorschrift des § 132 HGB abweichende Wege ²⁾. Regel ist heute im Gegensatz zum Normalstatus des Gesetzes, daß die Gesellschaften für eine bestimmte Mindestdauer eingegangen werden, während derer nicht gekündigt werden darf ³⁾. Die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts wird also zugunsten der Bestandssicherung von Unternehmen weitgehend eingeschränkt.

Man denke an eine Vertragsvereinbarung über eine zehn- bis zwanzigjährige Dauer mit einer ungefähren Kündigungsfrist von 5 Jahren und jeweiliger Verlängerungsdauer von 5 - 10 Jahren, die nach herrschender Ansicht noch nicht unter die Vorschrift des § 134 HGB fällt, wonach "eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist", einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleichsteht mit der Folge, daß die Gesellschaft für den Schluß eines jeden Geschäftsjahres kündbar wäre ^{4) 5)}. Oder man denke daran, daß die Zeitdauer des Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts zwar nicht kalendermäßig festliegt, sich aber aus den Besonderheiten des einzelnen Gesell-

1) Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht, Gruchot 68, 593.

2) Steiner S. 122; Potthof-Zintzen-Halft S. 319; Schneider-Martin S. 77.

3) Hueck S. 261; vgl. auch Geßler, Soziale Praxis 1938, 1173; Siebert, Erschwerte Kündigung bei der OHG und KG, DNotZ 54, 71; Steiner S. 125.

4) Plum S. 186; Hueck S. 261 Fn. 5: die Kündigung sei ausgeschlossen, wenn der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthalte "für 5 Jahre unkündbar"; Geßler a.a.O.; Merkel, Kündigung einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen OHG, NJW 61, 2004 a.E.; vgl. auch Steiner Anhang I S. 158.

5) Eine zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts ist übrigens, wie sich aus § 105 Abs. 2 HGB i.V.m. § 723 Abs. 1 Satz 3 BGB ergibt, auch wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen wird, zulässig, BGHZ 10, 98; RGZ 82, 99; 156, 134.

schaftsvertrages und dem Gesellschaftszweck ergibt ¹⁾.

Es soll im Folgenden untersucht werden, ob man die langfristig angelegte Gesellschaft der Auflösung verfallen lassen will oder ob nicht doch der Erhaltung der Gesellschaft unter Beibehaltung ihres ursprünglichen Mitgliederbestandes der Vorrang einzuräumen ist. Hierbei muß man sich klar machen, daß nach der Erfahrung des täglichen Lebens eine völlige Übereinstimmung aller Beteiligten, die Vertretungsmacht gültlich zu regeln, in vielen Fällen kaum möglich sein wird. Derjenige, dem die Vertretungsmacht entzogen wird, wird einer die ursprüngliche Vertragsordnung abändernden Neuregelung, die einem anderen die Macht verleiht, ihn voll zu vertreten, nur schwer zustimmen. Es bleiben andererseits als Lösungen jedoch nur die Auflösung der Gesellschaft sowie deren Ersatz oder aber eine zumutbare Anpassung der Vertretungsordnung des Gesellschaftsvertrages an die geänderten Umstände. Es kommt also darauf an, ob man einen Interessenausgleich durch die Gesellschafter erreichen kann und damit Aufrechterhaltung des gemeinsam Erreichten oder ob der hier auftretende Interessengegensatz zur Auflösung der Gesellschaft und damit zur Zerstörung des Gewordenen führen muß.

I. Voraussetzungen der Entziehungsklage einerseits und der Auflösungs- und Ausschlußklage andererseits

Zunächst ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Auflösungs- bzw. Ausschlußklage seitens der Kläger überhaupt gegeben wären, wenn diese dem alleinvertretungsberechtigten Beklagten die Vertretungsmacht entziehen können.

Die Auflösung der Gesellschaft gem. § 133 HGB hat die Bedeutung einer fristlosen Kündigung des Dauerschuldverhältnisses "Gesellschaftsvertrag" ²⁾. Diese erfolgt nicht wie bei normalen Dauerrechtsverhältnissen durch einfache Kündigung des

1) Hierzu BGHZ 10, 98.

2) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 640.

vertragstreuen Teils, sondern durch rechtsgestaltende Entscheidung des Richters. Sie erfordert das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn einem Gesellschafter nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses bis zum vertragsmäßig vorgesehenen Ende nicht mehr zuzumuten ist ¹⁾. Durch die Auflösung wird der bisherigen Tätigkeit der Gesellschaft also ein Ende gesetzt, obwohl die Gesellschaft als solche über den Zeitpunkt der Auflösung hinaus bis zur vollständigen Auflösung des Gesamthandsvermögens (Vollbeendigung) weiterbesteht ²⁾.

Um aber Unbilligkeiten zu vermeiden, die dadurch entstehen können, daß ein Gesellschafter die Tätigkeit der Gesellschaft völlig unmöglich macht und dadurch ein eventuell blühendes Unternehmen vernichtet werden könnte, wird die Vorschrift des § 133 HGB durch den § 140 HGB korrigiert. Dem persönlichen Wunsch der vertragstreuen Gesellschafter kann es entsprechen, die Gesellschaft unter Ausschluß desjenigen, in dessen Person ein wichtiger Grund liegt, fortzuführen. Das Gesetz ordnet deshalb im § 140 HGB an, daß die Gesellschafter die Ausschließung desjenigen beantragen können, in dessen Person ein Umstand eintritt, der nach § 133 HGB für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

Um aber auch in den Fällen der zweigliedrigen Gesellschaft eine Fortführung der Gesellschaft zu ermöglichen, wird durch den § 142 BGB dem einen Gesellschafter ein Übernahmerecht in allen Fällen des Ausschlusses des anderen Gesellschafters aus der Zweimanngesellschaft eingeräumt ³⁾.

Der treue oder die treuen Gesellschafter könnten nun für den Fall, daß man eine Klage gegen den einzigen vertretungsberech-

1) Westermann, Handbuch, Rz. 643, 644.

2) Hintzen S. 26; im Folgenden wird also bei Hinweis auf die wirtschaftlichen Folgen einer Auflösung u.U. auch die Vollbeendigung gemeint sein.

3) Schlegelberger § 142 Anm. 10.

tigten Gesellschafter für unzulässig hielte, der Beklagte aber nicht mehr tragbar wäre, anstelle der Entziehungsklage gem. § 127 HGB die Auflösungs-, Ausschluß- oder Übernahme-klage erheben, wenn ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 133, 140 und 142 HGB gegeben wäre. Man könnte meinen, da die § 133, 140 wie auch der § 127 HGB übereinstimmend an das Vorliegen eines wichtigen Grundes anknüpfen, sei dies ohne weiteres zu bejahen. Darüber aber, wann im allgemeinen ein wichtiger Grund vorliegt, schweigt das Gesetz, es begnügt sich sowohl im § 133 wie auch im § 127 mit dem Hinweis, wann insbesondere ein wichtiger Grund vorliegt ¹⁾. Im § 127 HGB werden nur zwei Beispiele angeführt, nämlich grobe Pflichtverletzung und die Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Vertretung, während § 133 Abs. 2 HGB die Verletzung einer einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden wesentlichen Verpflichtung, die vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt wird, sowie auch die Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Pflicht durch einen Gesellschafter erwähnt.

Die wohl h.A. steht auf dem Standpunkt, daß die Voraussetzungen der Tatbestände des § 127 einerseits und des § 133 HGB andererseits nicht notwendigerweise übereinstimmen müssen ²⁾. Zwar hat das RG ³⁾ in einer älteren Entscheidung einmal ausgeführt, das Gesetz stehe im "allgemeinen auf dem Standpunkt, daß dieselben Gründe, die für die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretung erforderlich sind, für die Ausschließung" genügten und der wichtige Grund sowohl im Sinne des § 127 als auch im Sinne des § 133 HGB synonym als jenen Umstand, der nach Treu und Glauben die Fortsetzung der bestehenden Gesellschaft als unzumutbar erscheinen ließe, umschrieben. Es sind aber andererseits die besonderen Zwecke der hier in Rede stehenden Vorschriften zu beachten. § 127 HGB geht allein davon aus, ob die weitere Ausübung der Vertretungs-

1) Vgl. auch §§ 626, 712, 723 BGB; 38 GmbHG; 75 AktG.

2) OGH 1, 39; RG 164, 264.

3) Bd. 82, 326.

macht durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter den anderen Gesellschaftern noch zugemutet werden kann, während die §§ 133, 140 HGB die Frage, ob eine weitere Zusammenarbeit mit einem Gesellschafter noch möglich ist, betreffen. Während ein wichtiger Grund im Sinne des § 140 HGB identisch ist mit dem des § 133 HGB, wie sich aus der Formulierung "anstatt der Auflösung" im § 140 ergibt ¹⁾, braucht eine Identität im Sinne des § 127 HGB einer- und der §§ 133, 142, 140 HGB andererseits nicht gegeben zu sein. Dafür spricht, daß sich ein Zusatz "anstatt der Auflösung und des Ausschlusses" in den §§ 117, 127 HGB nicht findet ²⁾. Das Gesetz ordnet bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 127 HGB auch ausdrücklich nur die mildere Maßnahme der Beschränkung von Befugnissen an, nicht aber die der völligen Aufgabe der Zusammenarbeit. Daß der wichtige Grund im Sinne des § 127 HGB einerseits und im Sinne der §§ 133, 140 HGB andererseits nicht identisch zu sein braucht, zeigt auch, daß z.B. eine schwere Beleidigung eines anderen Gesellschafters eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit unmöglich machen und dem Beleidigten das Recht zur Auflösung geben kann, umgekehrt aber kaum das Recht, die Entziehung der Vertretungsmacht des Beleidigten zu fordern ³⁾.

1) Ritter Anm. 4; es ist aber darauf hinzuweisen, daß Rechtsprechung und h.L. an eine Ausschließung nach § 140 HGB noch weitere, erhöhte Anforderungen stellen als an eine Geschäftsauflösung nach § 133 HGB. Es müsse jeweils überlegt werden, ob nicht die Geschäftsauflösung gem. § 133 HGB ein billigeres Ergebnis als die Ausschließung des Gesellschafters darstelle, vgl. BGH 4, 111; Weipert Anm. 8 zu § 140; Baumbach-Duden A2B zu § 140. Auch für eine Übernahmeklage nach § 142 HGB werden noch engere Bedingungen genannt, BGH a.a.O.; Baumbach-Duden Anm. 2 zu § 142. Es handelt sich aber hierbei weniger um die Frage der Identität eines wichtigen Grundes, sondern vielmehr um die, ob eine Ausschließung sich nicht in Anbetracht der Gesamtumstände als eine für den Beklagten unzumutbare Härte erweisen würde. A.A. Hueck (S. 240), der meint, der Richter müsse das Vorliegen eines wichtigen Grundes verneinen.

2) Vgl. RG JW 38, 2213; BGH 18, 362; Hueck S. 283.

3) Gogos S. 64.

Serwe ¹⁾ weist zu Recht darauf hin, daß bei Störungen der gesellschaftlichen Zusammenarbeit, die auf den Bereich der Vertretungsmacht beschränkt seien, die Auflösung oder Ausschließung durch einen andersartigen speziellen Rechtsbehelf abgewendet werden solle. Zwischen den in ihren Voraussetzungen zunächst synonym erscheinenden Bestimmungen der §§ 133, 140 und §§ 127, 117 liege in Wirklichkeit keine Konkurrenz vor. Konflikte, die schon mit der Abberufung von der Vertretung beseitigt werden könnten, rechtfertigen weder die Auflösungs- noch die Ausschußklage. Streitfälle, die sich mit dem Institut des Abberufungsrechtes beheben ließen, erfüllten nicht die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes im Sinne der §§ 133, 140 HGB. Für diese Auslegung spreche auch, daß in den §§ 117, 127 HGB anders als im § 113 Abs. 4 HGB den Gesellschaftern die Rechte aus §§ 133, 140 HGB nicht ausdrücklich vorbehalten geblieben seien.

Im übrigen kann eine Abweichung des wichtigen Grundes im Sinne der §§ 117, 127 und der §§ 133, 140 und 142 HGB daraus folgen, daß die Gründe im Gesellschaftsvertrag spezialisiert sind ²⁾. In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß die Bestimmungen der §§ 117, 127 HGB nachgiebiges Recht enthalten, da sie in erster Linie das Verhältnis der Gesellschafter zueinander betreffen ³⁾.

Während man also feststellen kann, daß eine Rangfolge der Klagegründe der §§ 133, 140, 142 HGB nur in Einzelfällen begründet sein wird, wird man zwischen den §§ 133, 140, 142 und den §§ 117, 127 HGB von einer grundsätzlichen vom Gesetzgeber angeordneten und gewollten Rangfolge der Klagegründe auszugehen haben. Sind aber der wichtige Grund im Sinne des § 133 HGB einerseits und des § 127 HGB andererseits nicht notwendig identisch, kann man schon aus diesem Grunde nicht allgemein

1) S. 40.

2) Wieland 577 Fn. 61.

3) RG 164, 257, Hueck SJZ 1948, 755.

sagen, den klagenden Gesellschaftern blieben die Rechtsbe-
helfe der §§ 133, 140, 142 HGB.

Nun wird allerdings dann, wenn ein wichtiger Grund zur Abbe-
rufung des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters
von der Vertretung gegeben, die Abberufung aber nicht zuläs-
sig oder nicht durchführbar ist, auch ein Auflösungs- oder
Ausschlußgrund gegeben sein. Gegen die Auflösung der Gesell-
schaft oder den Ausschluß eines Gesellschafters in diesem
Fall bestehen aber dennoch Bedenken: Rechtsprechung und
Schrifttum vertreten nämlich übereinstimmend die Ansicht,
daß die Auflösung der Gesellschaft oder Ausschließung eines
Gesellschafters immer das äußerste Mittel darstelle, welches
nur dann gerechtfertigt sei, wenn weniger einschneidende Maß-
nahmen, also z.B. gerade die Entziehung der Vertretungsmacht,
nicht auch zum Ziele führen ¹⁾. Einen Gesellschafter z.B.,
der sich um das Entstehen der Gesellschaft besonders ver-
dient gemacht hat oder dessen wirtschaftliche Grundlage in
besonderem Maße auf der Mitgliedschaft in dieser Gesellschaft
beruht, wird man nicht gerne aus der Gesellschaft ausge-
schlossen sehen. Man denke an den Fall, daß ein Gesellschaf-
ter sein früher selbständiges Unternehmen in die Gesellschaft
eingebracht hat und nun wegen seines Alters nicht mehr in der
Lage ist, ein neues Unternehmen aufzubauen. Auch bei Auftre-
ten einer Geisteskrankheit etwa mag der Ausschluß von der
Vertretung unter Berücksichtigung der Interessen aller Ge-
sellschafter nicht nur berechtigt, sondern auch unbedingt er-
forderlich sein, ein Ausschluß aber eine unangemessene Härte
bedeuten. Die Denkschrift ²⁾ muß gerade an diese Fälle gedacht
haben, wenn sie erklärt, es erscheine nicht unbedenklich, die
Gesellschaft auf einen der Wege der Auflösung bzw. des Aus-
schlusses zu drängen, wenn bereits mit der Entziehung der Ver-
tretungsbefugnis der beabsichtigte Zweck ermöglicht werden könn-
te.

1) Vgl. RG JW 38, 2213; BGH 18, 362; Westermann, Handbuch, Rz.
411, 412; Hueck S. 283.

2) Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB, S. 267.

Im übrigen kann der Hinweis auf die Auflösungs- bzw. Ausschußklage für die Fälle, in denen sowohl Kläger wie auch Beklagter die Gesellschaft unter Beibehaltung des Mitgliederbestandes fortzusetzen wünschen und nur über die Vertretung streiten, in besonderem Maße nicht befriedigen. Hier erscheint es unbillig und kaum vertretbar, die Gesellschafter zu zwingen, die Gesellschaft aufzulösen. Daß in diesen Fällen immer die vom Gesetz ermöglichte Regelung einer flexiblen Abstufung der Rechtsbehelfe zur Beseitigung einer eingetretenen Vertrauensstörung entgegen dem Willen sowohl der Kläger als auch des Beklagten entfallen soll, kann nicht eingesehen werden. Unbillige, nach dem Willen des Gesetzgebers gerade zu vermeidende Härten sowohl für die Kläger wie auch für den Beklagten wären kaum zu vermeiden bei der Anwendung eines Rechtsbehelfs, der grundsätzlich als der schonendste zur Beilegung eines Gesellschaftskonfliktes zunächst in Betracht zu ziehen ist ¹⁾.

Es ist nun bislang unter dem Gesichtspunkt, ob ein wichtiger Grund i.S.d. §§ 133, 140 HGB gegeben ist, noch unberücksichtigt geblieben, daß infolge der Entziehungsklage gem. § 127 HGB gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter eine Gesellschaft ohne Vertreter gegeben sein kann. Wenn, so könnte man folgern, die Gesellschaft für längere Zeit vertreterlos zu werden drohte und Gefahren sowohl für die Gesellschafter als auch für das von ihnen gebildete Unternehmen entstünden, müßten die Gesellschafter die Auflösung betreiben können,

1) Eine andere Beurteilung kann sich freilich aus dem sehr weiten Spielraum, den das Gesellschaftsrecht des HGB den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Stellung der Gesellschafter in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht läßt, ergeben. So hat der BGH, Bd. 6, 113 für den Fall, daß die Kapitalbeteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters nur in einem geringfügigen Anteil am Gesellschaftsvermögen besteht und sich die Stellung dieses Gesellschafters eher des eines leitenden Angestellten nähert, ausgeführt, daß nur eine Ausschließung und nicht ein weniger starkes Mittel in Betracht komme.

weil kein Gesellschafter für die Gesellschaft im Außenverhältnis zu handeln berechtigt wäre.

Gegenüber dem Normalfall der Anwendung des § 127 HGB besteht hier allerdings unbestreitbar die Besonderheit, daß eine Neuverteilung der Vertretungsmacht unumgänglich wird. Wenn also durch die Entziehung der Vertretungsmacht die Vertreterlosigkeit der Gesellschaft bewirkt würde und keine Möglichkeit gegeben wäre, zu einer neuen Vertretungsorganisation zu kommen, müßte man die Erreichung des Gesellschaftszwecks als endgültig unmöglich in Betracht ziehen mit der Folge, daß ein wichtiger Grund i.S.d. § 133 HGB vorläge ¹⁾. Eine derartige Annahme könnte aber erst dann Platz greifen, wenn feststände, daß die Gesellschaft auf Dauer tatsächlich unvertreten wäre und es keine Möglichkeit gäbe, diesen Zustand zu beseitigen. Bei einer nur vorübergehend unvertretenen Gesellschaft, bei der der Mangel der Vertretungsorganisation geheilt werden kann, kann nicht eine Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks, sondern nur ein einstweiliger Ausfall eines Mittels zur Erreichung des Gesellschaftszwecks angenommen werden.

II. Wirtschaftliche Gesichtspunkte

Neben den sich aus der Verschiedenheit der Voraussetzungen der §§ 133, 140 HGB einerseits und des § 127 HGB andererseits ergebenden Bedenken könnte es weitere Gründe gegen die Ansicht geben, welche die Auflösungsklage oder deren Ersatz an die Stelle der Entziehungsklage treten lassen will und die Kläger zwingt, mit diesen auch für sie einschneidenden Maßnahmen gegen den Beklagten vorzugehen. Es ist an die Fälle zu denken, in denen eine Auflösungs- und Ausschußklage auch in Betracht kommt, weil zugleich ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 133,

1) Dafür, daß die endgültige Erreichung des Gesellschaftszwecks als wichtiger Grund i.S.d. § 133 HGB anzusehen ist, vgl. Weipert Anm. 12 zu § 133; Hueck S. 253; Schlegelberger § 131 Anm. 35.

140 HGB vorliegt, in denen die Kläger aber nur die Entziehung der Vertretungsmacht wollen, um den Beklagten als Mitgesellschafter zu erhalten. Ob in diesen Fällen eine Auflösung der Gesellschaft oder ein Ausschluß des Beklagten als richtiges Ergebnis erscheint, soll Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

Eine ausführliche Untersuchung, ob ein allgemeines Interesse an der Erhaltung bestehender Unternehmen gegeben ist ¹⁾, hat Müller-Erzbach im Jahre 1908 vorgenommen. Diese führte zu dem Ergebnis, daß der Auflösung bestehender Unternehmen volkswirtschaftliche Interessen entgegenstünden. An der Erhaltung eines Unternehmens besteht nach Meinung Müller-Erbachs daher ein öffentliches Interesse ²⁾.

Dieser These Müller-Erbachs muß zugestimmt werden: Durch eine Vernichtung von Unternehmen wird das Interesse der Allgemeinheit und nicht nur das der Arbeiter, Angestellten, Lieferanten und Kunden berührt ³⁾. Sowohl an der Erhaltung von Großunternehmen, wie sich insbesondere aus einer Darstellung Rathenaus ergibt ⁴⁾, als auch an der Erhaltung von kleineren Unternehmen besteht im Hinblick auf die Erhaltung von Erzeugungsstätten des Sozialproduktes, die den Erfolg einer Volkswirtschaft und damit einen allgemeinen Wohlstand gewährleisten, ein gesamtwirtschaftliches Interesse ⁵⁾. Ein Unternehmen stellt immer eine "Zelle des Organismus der Volkswirtschaft" ⁶⁾ dar, das nicht von den anderen "Zellen" isoliert ist. Unter Umständen steht eine Gefährdung des gan-

1) Interessen einer Gesellschaft und Interessen eines Unternehmens seien hier als einheitliche Begriffe verstanden; vgl. zu der Abgrenzung dieser Begriffe Gierke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, Festschrift für E. Heymann zum 70. Geburtstag, 1940, S. 192 A.

2) Ausführlich Müller-Erzbach ZHR 61, 357; derselbe ZHR 64, 356; Wieland S. 248; Grieger AcP 145, 327; Pisko, Ehrenbergs Hdbuch Bd. 2, S. 213 ff.; derselbe, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien, 1907.

3) Steiner S. 120 ff.; Zöllner S. 54 ff.

4) Vom Aktienwesen, S. 38 ff.

5) Zöllner S. 55.

6) Gudenas S. 8.

zen "Organismus" zu befürchten, da jedes Einwirken auf eine Einzelzelle in ihrer letzten Auswirkung auch den gesamten Organismus trifft. Zu Recht wird also darauf hingewiesen, daß der Zweck der Gesellschaft sich nicht ausschließlich in der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen der Gesellschafter erschöpfe, sondern daß das Unternehmen als volkswirtschaftliches Wertobjekt zu berücksichtigen sei ¹⁾.

Andererseits soll zwar auch die Gefahr, die den Gesamt- und Volkswirtschaftsinteressen durch den Zusammenbruch von Unternehmen entstehen kann, worauf Zöllner ²⁾ m.E. zu Recht hinweist, nicht überschätzt werden. Der Gesetzgeber hat nämlich nichts unternommen, die Auflösung von Gesellschaften durch Gesellschafterbeschuß zu verhindern. Er wendet sich auch nicht gegen eine Veräußerung des Unternehmens im Ganzen. Die "Funktion des gesunden Egoismus" ³⁾ wird verhindern, daß volkswirtschaftliche Werte sinnlos verschleudert werden. Grundsätzlich bleibt aber festzustellen, daß man schon unter Berücksichtigung der Volkswirtschafts- und Allgemeininteressen grundsätzlich zu einer restriktiven Handhabung des Instituts der Auflösung zu raten hat ⁴⁾.

Eine Auflösung ⁵⁾ liegt vielfach auch nicht im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschafter. Einmal ist mit dem Bestan-

1) Steiner 120 ff.

2) S. 55.

3) Zöllner a.a.O.

4) Vgl. Weipert § 130 Anm. 1.

5) In diesem Zusammenhang wird teilweise zu Recht gesagt, daß eine Auflösung der Gesellschaft nicht notwendig den Untergang des Unternehmens herbeizuführen brauche (Weipert § 140 Anm. 8). Bei der hier vorzunehmenden Abwägung, ob nämlich die Auflösung der Gesellschaft als Folge der Entziehungsklage hingenommen werden soll, kann jedoch nur von dem wahrscheinlicheren Ergebnis ausgegangen werden, daß die Liquidation gem. § 145 ff. HGB zur Auflösung des Unternehmens führt.

de des Unternehmens oft die einzige Verdienstquelle des Unternehmers verbunden ¹⁾, so daß die Auflösung des Unternehmens für die Gesellschafter der Untergang ihrer materiellen Lebensgrundlage bedeuten kann. Zum anderen wird jedes gut gehende Handelsgeschäft in jedem Jahre mehr abschreiben als zu den Neuanschaffungen erforderlich ist. Die in diesen sogenannten stillen Reserven liegenden Ersparnisse der Gesellschafter würden bei einer Liquidation weitgehend als Veräußerungsgewinne an das Finanzamt abgeführt werden müssen ²⁾.

Zwar ist es möglich, daß das Unternehmen im Rahmen des Liquidationsverfahrens an einem Dritten oder an einen meistbietenden Gesellschafter veräußert wird ³⁾. Aber auch bei diesem Vorgang würde oftmals ein Verlust des guten Rufes des Unternehmens oder seines Geschäftswertes nicht zu umgehen sein. Berücksichtigt man weiter, daß die persönlichen Beziehungen zu Kunden, die speziellen Geschäftserfahrungen usw. nicht mitveräußert werden können und daß auch der Zwang zum Verkauf preisdrückend wirkt ⁴⁾, wird auch bei Verkauf des Unternehmens an einen Dritten ein wirtschaftlicher Verlust für die Gesellschafter nicht zu umgehen sein.

Nun baut die Gesellschaft zwar auf dem Vertrauen ihrer Mitglieder auf und der Gesetzgeber knüpft den Bestand der Gesellschafter nur an das gegenseitig bestehende Vertrauensverhältnis der Gesellschafter, so daß man folgern könnte, diese Argumente lägen neben der Sache. Das HGB läßt aber die Tendenz erkennen, den Bestandschutz einer Gesellschaft zu erreichen und die Gesellschaft nicht ohne weiteres der Auflösung preiszugeben. Diese Tendenz kann der Bestimmung des § 138 HGB, wonach die Gesellschafter durch besondere Abrede den Fortbestand der Gesellschaft über den Konkurs, eine Kündigung oder den Tod eines Gesellschafters hinaus sichern,

1) Gudenas S. 7.

2) Schumann S. 268.

3) RG 85, 397.

4) Düringer-Hachenburg Anm. 1 zu § 138 HGB.

und auch den §§ 141, 144 HGB, wonach die Gesellschafter, nachdem die Auflösung bereits durch ein von ihrem Willen unabhängiges Ereignis eingetreten ist, die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können, entnommen werden. Besonders auch die §§ 140, 142 HGB, die es den Gesellschaftern ermöglichen, die Gesellschaft ohne denjenigen Gesellschafter, in dessen Person ein Auflösungsgrund gemäß § 133 HGB eingetreten ist, fortzuführen, haben den Bestand eines Unternehmens schützende Funktionen. Schließlich kann man auch aus dem § 139 HGB, insoweit er den Erben eines verstorbenen Gesellschafters eine Haftungsbeschränkung ermöglicht, eine Tendenz zur Erhaltung bestehenden Unternehmen entnehmen. Vergegenwärtigt man sich, daß die §§ 139, 141 Abs. 2, 142 und auch 144 HGB erst ins neue HGB aufgenommen wurden, im ADHGB also noch nicht vorhanden waren, ist eine Entwicklung der Gesetzgebung zu einem gesteigerten Bestandschutz bestehender Unternehmen erkennbar ¹⁾.

-
- 1) Ähnlich Müller-Erbach ZHR 61, 375; Wieland S. 248. Trotzdem wird der im geltenden HGB enthaltene Bestandschutz von einigen noch nicht als ausreichend angesehen, obwohl die Gesellschaftsverträge immer mehr die Tendenz zeigen, dem Unternehmen auch gegenüber den sich leicht ändernden Lebensverhältnissen Schutz zu gewähren, vgl. Gudenas S. 31. Besonders Raiser, 39. DJT. B 62, will die Personalgesellschaft als volkswirtschaftlich wichtige Unternehmens-einheit rechtlich noch besser gesichert sehen. Seiner Meinung nach wäre es wünschenswert, die gesetzlichen Auflösungsgründe im Zweifel nicht zur Liquidation, sondern zum Ausscheiden des ungeeigneten Gesellschafters führen zu lassen, vgl. Grieger AcP 145, 327 ff.; Steiner S. 68; Schmalenbach, Finanzierungen, S. 74, der meint, daß der Gesetzgeber "nach Juristenart allzu sehr auf die Parteien und nicht die viel wichtigere dahinter stehende Sache sehe".

Auch in den Erörterungen über eine Reform des Gesellschaftsrechtes, die sich an die Umwandlungsgesetzgebung von 1934 anschloß, finden sich immer wieder Vorschläge, die sich auf eine Sicherung des Bestandes der Gesellschaft beziehen. Vor allem die im § 131 Ziff. 4 - 6 geregelten Tatbestände sollen nicht die Auflösung, sondern grundsätzlich das Fortbestehen der Gesellschaft bestimmen. Die Tendenz zur Sicherung des Fortbestehens von Unternehmen findet auch Ausdruck in den Bestrebungen, § 134 HGB fort-fallen zu lassen und die Höchstdauer des Vertrages gesetzlich zu bestimmen, Würdinger AcP 144, 129 ff.; Boesebeck, Kap. KG, S. 39; Plum S. 189.

Daß die hier vorgetragenen Gedanken zum Bestandsschutz der Gesellschaft im Recht der Personengesellschaften eine gewichtige Rolle spielen, zeigt nicht zuletzt auch die Anerkennung der sog. "faktischen" Gesellschaft, die nach ihrem Vollzug trotz fehlerhaften Gesellschaftsvertrages als gültig und nur auflösbar behandelt wird. Dies verdeutlicht eine Formulierung von Siebert ¹⁾, wonach das Institut dieser faktischen Gesellschaft auf dem "Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes der Gesellschaft" beruhe. So verschieden auch die Ausgangspunkte sein mögen, Anerkennung des tatsächlichen Bestehens von Handelsgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage auf der einen, Vermeidung der Auflösung einer Gesellschaft bei einer Entziehungsklage gem. § 127 HGB auf der anderen Seite, das Moment der "werteschaffenden Arbeitsgemeinschaft" ²⁾, gebietet die Anwendung beider Institute.

Aus den Bestrebungen, eine Auflösung der Gesellschaft möglichst zu erschweren, wird also deutlich, daß eine Auflösung eines Unternehmens eine einschneidende Maßnahme darstellt, die nicht leichtfertig angewendet werden sollte. Schon deshalb ist es äußerst fragwürdig, die klagenden Gesellschafter anstelle der Entziehungsklage mit der Auflösungsklage zu trösten.

Man könnte einwenden, der Bestandsschutzgedanke ließe sich dann eben durch Ausschluß des Beklagten erreichen. Einmal ist jedoch schon zu bedenken, daß nach h.M. nicht jeder in der Person eines Gesellschafters liegende Umstand, der die Auflösungsklage rechtfertigen würde, zur Ausschließung ausreicht ³⁾. Zum anderen läßt eine Empfehlung von Schmalen-

1) Die faktische Innengesellschaft, BB 58, 1065.

2) Vgl. Siebert a.a.O.; Erman, Personalhandelsgesellschaften auf mangelnder Vertragsgrundlage, S. 57; etwas abweichend BGH 3, 287, demzufolge die rechtliche Anerkennung der trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages in Vollzug gesetzten OHG und KG in dem tatsächlich vorhandenen und von den Parteien herbeigeführten Zustand zu suchen ist.

3) Weipert § 140 Anm. 8.

bach ¹⁾ für die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen, derzufolge "die scharfe, auch für die Gesellschaft nicht angenehme Maßnahme der Ausschließung zu mildern und stattdessen Entziehung der Geschäftsführung (§ 117 HGB) vorzusehen sei, ein gewichtiges Bedenken betriebswirtschaftlicher Art erkennen. Die übrigen Gesellschafter würden nämlich gezwungen sein, zur Abfindung des auszuschließenden Gesellschafters dem Unternehmen u.U. beträchtlich Mittel zu entziehen und auch zur Rückgabe der Gegenstände, die der Beklagte der Gesellschaft nur zur Benutzung überlassen hat, §§ 732, 738 BGB, verpflichtet sein.

Auch wenn es den Grundsatz geben sollte, daß die Abfindung des Ausscheidenden so zu erfolgen habe, daß die Fortführung des Unternehmens nicht gefährdet wird ²⁾, wird sich dies in der Praxis kaum immer durchführen lassen. Es gibt keine Handhabe im Gesetz, welche verhindern könnte, daß Unternehmen, wie schon viele Personengesellschaften ³⁾, durch die Auszahlung an den Ausscheidenden zugrunde gingen. Dadurch, daß der Ausscheidende seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen erhält, kann das Gesellschaftsvermögen so geschwächt werden, daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes und der Bestand der Gesellschaft gefährdet werden ⁴⁾. Damit wäre aber genau das erreicht, was hier als mit den volkswirtschaftlichen Gesamtinteressen nicht in Einklang stehend erkannt wurde. Es muß daher schon unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als bedenklich angesehen werden, auch dann die Ausschußklage anstelle der Entziehungsklage anzuwenden, wenn die Kläger nur dem Beklagten die Vertretungsmacht entziehen wollen.

In einer Zeit, in der ernsthaft versucht wird, den Gesetzgeber zu veranlassen, die Auflösung einer Personalgesellschaft

1) A.a.O. S. 87; ferner Schwarze, Ausscheiden eines Gesellschafters, S. 6 ff.

2) So Schwarze S. 9.

3) Schwarze a.a.O.

4) Lukes S. 44 a.a.O.

zu erschweren, muß eine generelle Ausdehnung dieses Behelfs auf den Bereich eines anderen, zumal eines, der gerade der Erhaltung der Gesellschaft unter Beibehaltung des Mitgliederbestandes dient, abgelehnt werden.

III. Gläubigerinteressen

Bevor weitere Gesichtspunkte einer Anwendung der §§ 133, 140, 142 HGB im vorliegenden Fall geprüft werden, sei folgendes deutlich gemacht. Man könnte meinen, daß auch der Schutz der Gläubigerinteressen einer für die Zukunft wirkenden Auflösung entgegenstände, weil der Verlust eines Zugriffsobjektes für sie zu fürchten wäre ¹⁾. Ein solches Bedenken muß jedoch als unberechtigt zurückgewiesen werden. Sicherlich ist richtig, daß die Geschäftspartner ein starkes Interesse am Bestand der Gesellschaft haben ²⁾. Die Gesellschaftsgläubiger können aber nicht verhindern, daß die Gesellschafter eine Gesellschaft jederzeit freiwillig auflösen können. Wenn Weipert ³⁾ sagt, daß Dritte, die mit der OHG in Rechtsverkehr getreten sind, "ein Interesse daran haben, daß die Gesellschaft als solche und ihr Handelsunternehmen besteht und betrieben wird", so muß man dem entgegenhalten, daß das Gesetz dieses aber nicht als derart schutzwürdig ansieht, daß es Dritten einen Anspruch eingeräumt hätte, ein Weiterbestehen des Unternehmens zu verlangen ⁴⁾.

IV. Interessenbewertung des § 127 HGB

Es fragt sich jedoch, ob der Weg, der zur Auflösung der Gesellschaft führt, nicht auch mit dem Sinnzusammenhang, dem Normzweck und der Interessenbewertung des § 127 HGB kollidiert.

1) Vgl. Beitzke a.a.O. S. 6.

2) Vgl. im einzelnen Beitzke a.a.O. S. 65.

3) § 105 Anm. 73.

4) Hueck a.a.O.; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 258; Siebel DNotZ 54, 72.

Der § 127 HGB stellt eine Neuerung gegenüber dem früheren Recht dar, welches die Entziehung der Vertretungsbefugnis nicht kannte und den Gesellschaftern nur die Auflösungs- und die Ausschlußklage gab. Artikel 101 ADHGB ordnete nur an, daß die Geschäftsführung nicht ohne Grund widerrufen werden konnte und galt nur für das Verhältnis der Gesellschafter nach innen.

Der § 127 HGB wie auch der § 117 HGB erhält seine systematische Rechtfertigung durch das Prinzip von Treu und Glauben ¹⁾. Zweck des § 127 wie auch des § 117 HGB ist, im Interesse aller Beteiligten die Auflösung oder das Ausscheiden eines Gesellschafters überflüssig zu machen. Der Gesellschaftsfrieden soll allein durch einen Entzug oder eine Einschränkung von Befugnissen wieder hergestellt werden ²⁾.

§ 127 HGB zeigt auch, daß der Gesetzgeber den Bestandschutz nicht allein durch den Grundsatz, daß Verträge erfüllt werden müßten, als gewahrt ansieht, sondern darüber hinaus versucht, Gefahrenstellen, die zu einem Ende der vertraglichen Beziehungen führen könnten, mit einem den Bestandschutz sichernden Rechtsbehelf vorzubeugen ³⁾.

Während die §§ 140, 142 HGB die Gesellschaft erhalten wollen unter Ausschluß des Beklagten von der Mitgliedschaft, dient der § 127 HGB dem Schutz der Gesellschaft dadurch, daß er das Recht gewährt, durch Urteil eine Änderung der Vertretung eines untreuen Gesellschafters herbeizuführen, ohne dessen Mitgliedschaft zu berühren. Wie eine Ausschlußklage gem. § 142 HGB, die in ihrer Wirkung viel weiter geht als

1) Hueck SJZ 48, 755; Weipert § 117 Anm. 2.

2) Lukes a.a.O.; vgl. Denkschrift des RJA zum HGB, S. 93; auch Denkschrift II, S. 100, wonach der heutige § 127 HGB eingeführt wurde, da der einzige Weg, sich gegen mißbräuchliche Ausübung der Vertretungsmacht zu schützen, bisher in der vollständigen Ausschließung des Gesellschafters aus der Gesellschaft oder in der Auflösung bestanden habe.

3) Serwe S. 36.

die Entziehungsklage gem. § 127 HGB, das Weiterbestehen der Gesellschaft grundsätzlich nicht berührt, sondern trotz der geänderten Umstände erhalten soll, so berührt auch § 127 HGB grundsätzlich nicht die Weiterexistenz der Gesellschaft, darüber hinaus aber auch nicht deren mitgliedschaftliche Zusammensetzung ¹⁾.

Der § 127 HGB kann systematisch auch mit dem Institut der Vertragsanpassung, welches sich vornehmlich beim Wegfall der Geschäftsgrundlage findet, verglichen werden. Die Anpassung ermöglicht es, im Hinblick auf das Gebot der Vertragstreue zuerst zu versuchen, ob ein Vertrag nicht trotz eingetretener Veränderungen durchgeführt werden könnte ²⁾. Erst wenn eine Anpassung ausscheidet oder unmöglich ist, sind die Parteien zum Rücktritt berechtigt ³⁾. § 127 HGB hat die ähnliche Funktion, nämlich die, im Hinblick auf die Gebote der Vertragstreue die Zerstörung der mitgliedschaftlichen Zusammensetzung zu vermeiden, wenn die Entziehung der Vertretungsbefugnis den Mangel der gesellschaftlichen Zusammenarbeit zu heilen vermag. Der Anpassungsgedanke ist also durch den § 127 HGB wie im übrigen auch durch den § 117 HGB im Personalhandels-Gesellschaftsrecht konkretisiert.

Zusammenfassend sei festgehalten, daß § 127 HGB als deutlicher Ausdruck des Wunsches des Gesetzgebers angesehen werden muß, daß der Fortbestand der Gesellschaft "tunlichst" gesichert werden sollte, und zwar unter Aufrechterhaltung des Mitgliederbestandes ⁴⁾. Die Entziehungsklage soll weder die Gesellschaft noch deren mitgliedschaftliche Zusammensetzung beenden.

Dieser Grundgedanke würde aber in sein Gegenteil verkehrt, wenn die Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsbe-

1) Marcus HoldhMSchr 07, 20.

2) Esser § 86, 8 a m.w.N.; BGH LM Nr. 11, 12, 13 zu § 242 BGB.

3) Bzgl. der Einzelheiten sei auf die überreiche Literatur verwiesen; statt vieler Staudinger-Werner § 242 B 546 ff.

4) Denkschrift II S. 100.

berechtigten Gesellschafter von vornherein nicht für zulässig gehalten wird und auch, wenn diese zwar zunächst für zulässig gehalten wird, dann aber wegen der sich aus einer Neugestaltung der Vertretungsbefugnisse ergebenden Schwierigkeiten zur Auflösung der Gesellschaft führt.

Bei einer Annahme, daß nur die Auflösungs- bzw. Ausschlussklage anstelle der Entziehungsklage gegeben sei, könnte der untreue, die Vertrauenskrise verursachende Gesellschafter erreichen, daß er sich aus einem Vertragsverhältnis jederzeit lösen könnte, ohne daß die Gesellschafter von ihm die Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Verpflichtungen verlangen könnten. Dafür aber, daß derjenige, dem die Vertretungsmacht entzogen wurde, aus der Gesellschaft jederzeit austreten könne, ergibt sich aus dem Gesetz nichts. Im Gegenteil, § 127 HGB setzt nicht voraus, daß der, der von der Vertretung ausgeschlossen wurde, in der Gesellschaft zu bleiben bereit ist. § 127 HGB mutet es dem Beklagten vielmehr in der Regel zu, in der Gesellschaft auch unter Einschränkung seiner Befugnisse zu verbleiben. Unter diesem Gesichtspunkt darf es nicht nur Zweck des § 127 HGB sein, daß Ausscheiden oder eine Auflösung "zu erübrigen" ¹⁾, sondern man wird dem § 127 HGB sogar die Funktion zuzuerkennen haben, daß die klagenden Gesellschafter den Beklagten an seinen ihnen gegenüber eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen sollen festhalten können. Es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, daß die Gesellschafter durch den Vertragschluß die Zusammenarbeit zu fördern sich verpflichteten und u.U. in die weitere Teilnahme des Vertragspartners Hoffnungen knüpfen oder ein finanzielles Risiko gerade im Hinblick auf die weitere Beteiligung des Beklagten eingehen. Es erscheint schlechthin unbillig, hier nur durch eine Veränderung des Mitgliederbestandes zu helfen und dem einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter unter gerade dessen Federführung in nicht wenigen Fällen die Gesellschaft in eine un-

1) Lukes a.a.O.

günstige wirtschaftliche Situation hereinmanövriert worden ist, grundsätzlich auf diese Weise das Ausscheiden zu ermöglichen, obwohl die Gesellschafter ihn vielleicht gerade jetzt als Mitgesellschafter nicht aus seiner Verpflichtung entlassen wollen oder auch objektiv auf ihn angewiesen sind.

V. Zweck-Mittel Adäquanz

Die Untersuchung soll sich nun der Frage zuwenden, ob ein Ausschluß des Beklagten oder gar eine Auflösung der Gesellschaft nicht auch einem aus Treu und Glauben folgenden Grundsatz der Erforderlichkeit widerspräche. Diesem zufolge darf unter verschiedenen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks geeigneten Mittels nur das für den Betroffenen schonendste gewählt werden. Im öffentlichen Recht ist dieser Grundsatz für das Handeln von Trägern hoheitlicher Gewalt anerkannt ¹⁾. Er kann jedoch auch im Privatrecht Anwendung finden ²⁾. So hat auch der BGH ³⁾ diesen Grundsatz auf die Übernahmeklage des § 142 HGB anerkannt, wenn er ausführt, das Übernahmerecht müsse "bei einer umfassenden Berücksichtigung gleichsam das letzte Mittel" sein, um die aus dem Verhalten des anderen Gesellschafters drohenden Gefahren zu bannen. Auch bei der Anwendung der Rechtsinstitute, die auf § 242 BGB beruhen, wie z.B. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, ist anerkannt, daß die zu treffenden Maßnahmen nach dem Prinzip des geringst notwendigen Mittels auszuwählen sind ⁴⁾. Und auch bei der Kündigung eines Rechtsverhältnisses aus wichtigem Grunde findet sich dieser Grundsatz. Zu Recht wird gefordert, daß jedes andere nach der gegebenen Sachlage anwendbare Mittel erschöpft sein muß, um das von dem Kündigenden als nicht mehr

1) v. Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955; Wolff, Verwaltungsrecht § 28, I a 8.

2) Für das Aktienrecht Fechner, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, S. 40 ff.; Zöllner S. 351 ff. mit weiteren Hinweisen.

3) Bd. 4, 108.

4) Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 164; RGZ 146, 180; Scholz SJZ 49, 7.

haltbar angesehene Rechtsverhältnis aufzulösen ¹⁾.

Daß die Auflösungs- oder die Ausschlußklage in vielen Fällen weder zu einer wirtschaftlich angemessen noch zu einer rechtlich befriedigenden Lösung des Interessenkonflikts führt, ergibt sich eigentlich schon aus dem Vorhergehenden. Die Auflösungs- oder Ausschlußklage ist das äußerste Mittel zur Lösung eines Gesellschaftskonflikts. Der Grundsatz der sog. Subsidiarität der Auflösungs- und Ausschlußklage ²⁾ gebietet es, stets zu versuchen, durch Abberufung des nicht mehr geeigneten Gesellschafters von der Vertretung zu helfen ³⁾. Die Maßnahmen der Auflösung sowie auch der Ausschließung würden vielfach nicht nur für den Beklagten zu unbilligen Härten führen, sondern auch die Interessen der klagenden Gesellschafter in einem solchen Maße schädigen, daß sie nicht mehr als angemessene Mittel angesehen werden können, den Mangel der gesellschaftlichen Zusammenarbeit zu beseitigen.

VI. Mitglieder- und Verbandsinteresse

Schließlich soll auch untersucht werden, ob die Auflösung der Gesellschaft oder der Ausschluß des Beklagten nicht einer von allen Gesellschaftern eingegangenen vertraglichen Verpflichtung, Mitglieder- und Verbandsinteressen zu beachten, zuwider laufen kann.

Unter Mitgliederinteressen sind dabei diejenigen Interessen der Mitglieder eines Verbandes zu verstehen, die mit der Mitgliedschaft "ihrer rechtlichen Struktur" nach typischerweise verknüpft sind, also diejenigen der klagenden Gesellschafter auf Erhaltung der Mitgliedschaft überhaupt, die an der Zusammensetzung der ausführenden Organe, an dem Ertrag und der

1) Molitor, Die Kündigung, S. 294.

2) Westermann, Handbuch, Rz. 411, 412.

3) Weipert § 127 Anm. 8; Hueck S. 323; RG 146, 169; Schlegelberger § 140 Anm. 6.

Liquidität des Verbandes u.a. ¹⁾. Hingegen wird mit Zöllner unter Verbandsinteresse die Zusammenfassung derjenigen Einzelinteressen der Mitglieder verstanden, zu deren Verfolgung die Personengesellschaft gegründet wurde ²⁾. Dieses wird durch Bezugnahme auf den Zweck des Verbandes bestimmt ³⁾, wobei als Zweck das von den Gesellschaftern bei der Gründung des Verbandes gesetzte Ziel anzusehen ist, bei Personalhandelsgesellschaften also der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma.

Die Bedeutung einer Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Mitgliederinteressen - soweit diese sich auf eine Beibehaltung der Gesellschaft mit dem ursprünglichen Mitgliederbestand beziehen - sei hier nur angedeutet, da die Möglichkeit einer vertragswidrigen Verletzung mitgliedschaftlicher Belange durch vorzeitige Auflösung der Gesellschaft anstelle der Entziehungsklage wohl immer auch einen Verstoß gegen die objektiven Verbandsinteressen darstellt ⁴⁾. Jedenfalls ist zu beachten, daß durch eine vorzeitige Auflösung eine Verletzung der schutzwürdigen Interessen der Mitglieder, die auf die Erhaltung der Gesellschaft einschließlich des Beklagten abzielen, gegeben sein kann.

Es kann auch im Interesse der Gesellschaft liegen und dem Verbandsinteresse entsprechen, daß der Beklagte Gesellschafter bleibt. Man denke etwa an die Kreditwürdigkeit und das Vertrauen des Verkehrs in die besondere Kapitalkraft des be-

1) Zöllner S. 30; 350.

2) Zöllner S. 20.

3) Zöllner S. 24; zum Zweck allgemein Müller-Erzbach AcP 154, 316 ff.; Staudinger-Coing § 21 Anm. 6.

4) Dabei ist das Verbandsinteresse ansich nicht identisch mit dem Interesse der Mehrheit der Mitglieder, sondern kann vielmehr mit dem Interesse einer Minderheit übereinstimmen, Bondi, Die Rechte der Aktionäre, 137 ff.; im einzelnen Zöllner S. 24.

klagten Gesellschafters, hinsichtlich deren Beibehaltung Mitglieder- und Gesellschaftsinteressen übereinstimmen. Es fragt sich daher, ob man das Verbandsinteresse an der Erhaltung des Unternehmens in seinem gegenwärtigen Personenstande gegenüber dem Einzelinteresse des Beklagten, das dieser an einem Austritt haben mag, außer acht lassen darf.

OHG sowie KG dienen nun - wie jede Gesellschaft - einem bestimmten Zweck, und die Gesellschafter sind verpflichtet, diesen Zweck in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern, § 705 BGB. Diese Verpflichtung wird durch den Entzug der Vertretungsmacht regelmäßig nicht hinfällig. Es kann zwar sein, daß die Einzelinteressen der klagenden Gesellschafter durch die Entziehungsklage bedingt nicht mehr mit denen des Beklagten übereinstimmen. Die Bindung an den gemeinsamen Zweck setzt aber auch nicht notwendig Übereinstimmung der Interessen der Beteiligten voraus. Wenn durch die Entziehungsklage das Einzelinteresse des Beklagten, sein Motiv also, weggefallen ist, so ist das ein Vorgang, der außerhalb des Vertrages bleibt. Die Bindung an den Zweck, der zum Vertragshinhalt gemacht wurde, bleibt gleichwohl bestehen ¹⁾. An den vom gemeinsamen Zweck bestimmten Vertrag sind alle Gesellschafter so lange gebunden, bis durch Auflösung oder Ausschluß das Ende der vertraglichen Beziehungen erreicht wird. Der zwangsweise Entzug der Vertretungsmacht soll aber gerade nicht zu diesem Ergebnis führen, sondern die vertraglichen Bindungen unberührt lassen.

Es bedarf in diesem Zusammenhang zwar keines tieferen Eingehens auf die Frage, ob und wann allgemein die Gesellschaftsinteressen den Einzelinteressen, die außerhalb des Vertrages bleiben, vorzugehen haben und welche Unterscheidungen gemacht werden müssen ²⁾. In der Regel wird nach Entzug der Vertretungsmacht das Sonderinteresse des Beklagten, das die-

1) Ballerstedt, JuS 63, 253, 254.

2) Hueck, Festschrift Hübner, S. 79.

ser an der Beendigung der vertraglichen Beziehungen haben mag, gegenüber dem Verbandsinteresse, welches auf Fortsetzung der Gesellschaft einschließlich des Beklagten geht, zurückzutreten haben. Folgende Hinweise zur Abwägung der Interessenbereiche sind aber angebracht.

Während früher das RG einem Gesellschafter schlechthin verbot, seine Sonderinteressen denen des Gesellschaftsinteresses vorzuziehen, lassen heute insbesondere Hueck und Weipert diese Verfolgung zu, wenn sie berechtigt ist ¹⁾. Hueck meint, da es sich im Innenverhältnis der Gesellschaft immer um private Interessen einander gleichstehender Personen handle, müsse das Gesellschaftsinteresse nicht schlechthin als das überwiegende anzusehen sein. Der Gesellschafter müsse nämlich nicht das Gesellschaftsinteresse als das von vornherein höherwertige beachten, sondern sei an die Erreichung des gemeinsamen Zwecks deshalb gebunden, weil er sich im Gesellschaftsvertrag verpflichtet habe, es zu fördern ²⁾.

Auch wenn man Hueck und Weipert folgt und die Beachtung des Gesellschaftsinteresses als ein Problem der Vertragstreue ansieht, ergibt sich aber eine Bestätigung des bisher gefundenen Ergebnisses. Zur Vertragstreue ist der Gesellschafter, dem die Vertretungsmacht entzogen wurde, nämlich im Falle des § 127 HGB in der Regel weiter verpflichtet, ohne daß ihm ein Recht zustände, die Gesellschaft aufzulösen oder aus dieser auszutreten. Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages haben sich die Parteien einer bestimmten Risikoverteilung ³⁾ unterworfen. Danach bleibt auch ein Gesellschafter, dem die Vertretungsmacht entzogen worden ist, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, an das Verbandsinteresse gebunden.

Bei der Beantwortung der Frage, inwieweit das Einzelinteresse dem des Verbandes nachgeben soll, muß freilich bedacht

1) Hueck S. 107, 141, 142, 321; Weipert Anm. 11 zu § 117.

2) Hueck, Treuegedanke, a.a.O. S. 80.

3) Vgl. hierzu Flume, Rechtsgeschäft, S. 236.

werden, daß die Förderung des Gemeinschaftsinteresses zugleich in der Regel die Förderung des Interesses eines jeden einzelnen Gesellschafters sein sollte, daß also nicht etwa in erster Linie die Gesellschafter für das Unternehmen da sind, sondern das Unternehmen für diese ¹⁾. Gleichwohl kann aber die Berücksichtigung des Sonderinteresses eines Mitgliedes einer Gesellschaft eine Verletzung der Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf das Verbandsinteresse darstellen. Vor die Aufgabe gestellt, Interessenkollisionen zwischen den klagenden Gesellschaftern und dem Beklagten zu lösen, wird die Entscheidung daher auch unter dem Gesichtspunkt der Bindung an das Verbandsinteresse dazu führen, daß der Beklagte sich nicht vom Gesellschaftsvertrag ohne weiteres lösen kann.

Nun unterscheidet sich die Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter insofern von der sonstigen Entziehungsklage, als bei ersterer zunächst unklar bleiben mag, wer die Gesellschaft vertritt, da eine Neuorganisation der Vertretung noch geschaffen werden muß. Der Unterschied der Rechtsfolgen kann aber nicht derart verschieden sein, daß einmal die weitere Bindung des Beklagten an den Verbandszweck und an die Verbandsinteressen in der Regel fortbestehen soll, während im anderen Fall die völlige Lösung des alleinvertretungsberechtigten Beklagten von vertraglichen Bindungen wie selbstverständlich möglich wird. Wollte man als Ergebnis im Fall der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters nur die Ausschluß- oder Auflösungsklage geben, würde die Entziehungsklage insoweit ihren Sinn als ein das Verbandsinteresse förderndes Rechtsinstitut verlieren.

Die hier als richtig erkannte Ansicht, daß eine Auflösung auch im Hinblick einer Bindung an das Verbandsinteresse nicht als richtiges Mittel zur Beseitigung des erörterten

1) Gudenas S. 22.

Gesellschaftskonflikts geeignet ist und das subjektive Interesse des Beklagten dem der Gemeinschaft nachgeben muß, vermag auch noch ein Hinweis auf § 726 BGB zu erhärten. § 726 BGB schreibt die Beendigung der Gesellschaft zwingend vor, wenn der Gesellschaftszweck erreicht ist oder seine Erreichung unmöglich wird, so daß eine Bindung an Verbandsinteressen nicht mehr besteht. Wird also z.B. den Gesellschaftern die zum Betrieb einer Gaststätte notwendige behördliche Genehmigung entzogen, ist der Gesellschaftszweck unmöglich geworden. Dieser Unmöglichkeit steht indes das Auftreten besonderer Schwierigkeiten nicht gleich ¹⁾. Es entspricht h.A., daß die Unmöglichkeit der Zweckerreichung eine dauernde und ganz offenbare sein müsse ²⁾. Liegt aber nur eine vorübergehende Unmöglichkeit vor, bei der der Gesellschaftszweck, und sei es auch unter großen Opfern, noch erreichbar ist, bleibt die Bindung an Verbands- und Mitgliederinteressen bestehen. In diesem Fall wird die Gesellschaft nur aufgelöst, wenn alle Gesellschafter beschließen, die Gesellschaft nicht fortzuführen.

Eine (vorsichtige) Übernahme dieser Interessenbewertung wonach die Gesellschaft nur dann automatisch enden soll, wenn die Zweckerreichung absolut unmöglich geworden ist, nicht aber schon dann, wenn die Erreichung des Zwecks tatsächlich noch möglich ist, auch wenn Schwierigkeiten bei der Durchführung auftauchen, dürfte ein weiteres Argument dafür an die Hand geben, daß Schwierigkeiten, die lediglich die Organisation der Vertretung betreffen, nicht ohne weiteres als Auflösungsgrund für die Gesellschaft angesehen werden dürfen.

Das Ergebnis der Untersuchung des § 5 ist, daß die Auflösungs- oder Ausschlußklage seitens der Kläger im allgemeinen nicht Fortsetzung der Entziehungsklage sein darf, weil das Gesellschaftsinteresse, die Mitgliederinteressen und der Sinn

1) Erman-Schulze-Wenck zu § 726.

2) BGH 24, 293; Staudinger-Keßler § 726 Anm. 5.

und Zweck der Vorschrift des § 127 HGB im besonderen ein Fortbestehen der Gesellschaft mit dem Beklagten verlangen. Auch wenn der Beklagte der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter ist, können und dürfen die übrigen Gesellschafter nicht gezwungen werden, anstelle der Entziehungsklage die Auflösungs- oder Ausschlußklage zu erheben.

§ 6 Widerklage des von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters auf Auflösung der Gesellschaft

Bislang wurde bei der Untersuchung mehr den Interessen der klagenden Gesellschafter als denen des Beklagten Beachtung geschenkt. Beachtung verdient aber auch, auf welche Art und Weise die Belange des Beklagten zu berücksichtigen sind.

Es muß betont werden, daß eine Ansicht, die die Gesellschaft um jeden Preis und unter Zurückstellung jedweder Interessen des Beklagten in ihrem ursprünglichen Bestande beibehalten will, abzulehnen wäre. Es kann vielmehr durchaus auch so sein, daß die Einzelinteressen, die der Beklagte an einer Auflösung der Gesellschaft hat, höher einzuschätzen sind als die der Gemeinschaft an der Erhaltung. Man muß sich darüber im Klaren sein, daß für den Beklagten durch ein durch Richterspruch auferlegtes Opfer eine Verletzung seiner schutzwürdigen Interessen gegeben sein kann, die ihn berechtigt, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen ¹⁾, weil ein Verbleiben in der Gesellschaft nicht mehr von seinem Versprechen im Gesellschaftsvertrag, das Gemeinschaftsinteresse zu fördern, gedeckt wird. Daß es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, daß der Beklagte insbesondere im Falle geringen oder fehlenden Verschuldens das Recht haben soll, die Auflösungsklage zu erheben, ergibt sich auch bereits aus der Denkschrift. Dort heißt es: "Neben den im § 131 des Entwurfs genannten Beispielen kommt u.a. auch der Fall in Betracht, daß einem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung

1) Weipert § 127 Anm. 13 a E; Westermann, Handbuch, Rz. 225.

und Vertretung wider seinen Willen entzogen wird; eine derartige Maßregel kann dem davon betroffenen Gesellschafter namentlich, wenn denselben kein Verschulden trifft, das Recht geben, die sofortige Auflösung zu verlangen" ¹⁾.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit einer solchen Auflösungsklage durch den Beklagten herrscht Streit, ob der betroffene Gesellschafter schon in dem Entziehungsprozeß sein Verlangen auf Auflösung der Gesellschaft geltend machen kann, indem er hilfsweise für den Fall, daß der Entziehungsklage stattgegeben würde, im Wege der Widerklage die Auflösung der Gesellschaft beantragt. Fischer ²⁾ hält dies für ausgeschlossen. Würde beiden Klagen stattgegeben, würde seiner Ansicht nach das Urteil einerseits auf Entziehung der Vertretungsmacht und andererseits auf Auflösung der Gesellschaft lauten müssen. Ein Urteil mit diesem Inhalt sei sachwidrig, weil auf Entziehung dann nicht mehr zu erkennen sei, wenn zugleich die Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen würde. Dagegen halten Westermann ³⁾, Hueck ⁴⁾ und Schlegelberger ⁵⁾ eine Geltendmachung des Auflösungsanspruches im Wege der Widerklage mit den besseren Gründen für zulässig, da dem betreffenden Gesellschafter nicht zuzumuten ist, erst auf den Verlust des Entziehungsprozesses zu warten und erst danach eine u.U. langwierige Auflösungsklage erheben zu müssen. Auch der BGH ⁶⁾ hält abweichend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine nur hilfsweise erhobene Widerklage für zulässig. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Urteil einerseits auf Entziehung und andererseits auf Auflösung lauten sollte. Im Urteilstenor würde nur die Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen, während in den Gründen Hinweise enthalten wären, daß die Entziehung der Vertretungsmacht zu Recht erfolgt sei,

1) Denkschrift II, S. 105.

2) NJW 59, 1059, 1063.

3) Handbuch, Rz. 225, 656.

4) S. 112, 113.

5) Anm. 13 a zu § 117 HGB.

6) Bd. 21, 13; a.A. RG 40, 331; 126, 18.

diese aber den Beklagten ein Recht zur Auflösung der Gesellschaft gebe ¹⁾.

Materiellrechtlich hat zu gelten, daß die Entziehung der Vertretungsbefugnis wider Willen für den Betroffenen einen Grund zur Auflösung bedeuten kann ²⁾. Der Richter muß an das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 133 HGB anknüpfen. Dabei liegt dann wie auch sonst ein wichtiger Grund vor, wenn dem die Auflösung begehrenden Gesellschafter nach den Gesamtumständen des Einzelfalls die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist ³⁾.

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 kann dann anzunehmen sein, wenn einem durch Verkehrsunfall oder plötzlicher Krankheit zur Geschäftsleitung unfähig gewordenem Gesellschafter die Vertretungsbefugnis entzogen wurde. Der Richter wird prüfen, ob dem Beklagten dann das Verbleiben in der Gesellschaft im Hinblick auf seinen Kapitaleinsatz und seine unbeschränkte Haftung zumutbar ist. Obwohl für die Entscheidung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, in der Regel unerheblich ist, ob die Vertrauensstörung verschuldet wurde, und es nur darauf ankommt, ob das gesellschaftliche Vertrauensverhältnis objektiv unheilbar zerrüttet ist, kann aber gerade hier, wie sich auch aus dem Hinweis der Denkschrift ergibt, bei der Abwägung aller Gesamtumstände einmal das Verschulden eine Rolle spielen ⁴⁾.

Das Recht des Beklagten, die Auflösung zu verlangen oder sich von dem Gesellschaftsverhältnis loszusagen, wird aber selbst

1) Hueck S. 113, der das Nachgeben gegenüber dem Bedenken, daß an sich erst die Entziehung ausgesprochen werden müßte und erst danach die Auflösung erfolgen könnte, eine "logizistische Übertreibung" nennt. Vgl. ferner das Schrifttum zur Eventualaufrechnung im Zivilprozeß.

2) Außer den schon Genannten Schlegelberger § 117 Anm. 3 a; Weipert § 127 Anm. 13.

3) RG 105, 376; BGH in IM Nr. 4 zu § 133 HGB; Weipert § 133 Anm. 5.

4) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 650: "Verschulden des Beklagten ist nicht Voraussetzung der Auflösung, wohl aber Abwägungsgesichtspunkt".

dann, wenn die Gesellschaft in besonderem Maße auf seiner Kreditfähigkeit und Persönlichkeit aufbaut, nicht immer mit Erfolg geltend gemacht werden können, sondern vielmehr Ausnahme bleiben müssen. Beruht das Vorliegen eines wichtigen Grundes auf einem Verschulden des Vertretungsberechtigten, z.B., wenn er sich eines Betruges zu Lasten der Gesellschaft schuldig gemacht hat, wird man ihm in der Regel schon deshalb nicht das Recht zugestehen können, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, weil sich ein solches Verlangen als rechtsmißbräuchlich darstellte.

Gegen ein Recht des Beklagten, die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen, spricht die oben ¹⁾ dargelegte Interessenbewertung des § 127 HGB, die dem Beklagten in der Regel zumutet, in der Gesellschaft auch unter Einschränkung oder Beseitigung seiner Befugnisse zu bleiben. Diese Vorschrift überflüssig zu machen, kann nicht Sinn von Billigkeitserwägungen sein. Wer nicht verhindert, daß die anderen Gesellschafter ihm die Vertretungsmacht wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes in seiner Person entziehen können, muß sich nach der Interessenbewertung des § 127 HGB die Beschneidung seiner Befugnisse gefallen lassen. Er trägt damit nur das vertragstypisch nach der Regelung des HGB auf ihn zukommende Risiko. Der Grundsatz, daß eine Gesellschaft, falls ihre Fortführung auf der bisherigen Grundlage nicht mehr möglich sei und die Gesellschafter sich nicht auf freiwilliger Basis auf eine Neuregelung zu einigen vermögen, aufzulösen sei ²⁾, wird daher hier durch die Interessenbewertung und Risikoverteilung des § 127 HGB durchbrochen ³⁾. Wenn man hingegen allgemein dem ursprünglich alleinvertretungsberechtigten Beklagten das Recht gäbe, die Auflösung zu betreiben, richtete sich das Urteil im Ergebnis weniger gegen den vielleicht böswillig

1) Vgl. § 5 IV.

2) Hueck, Festschrift Hübner, S. 99.

3) Zur Anwendung des Risikogedankens Serwe S. 95; Flume, Rechtsgeschäft, S. 236, 237; Esser JZ 58, 113; Rabel, Recht des Vorkaufes, Berlin 1936, S. 357.

die frühzeitige Beendigung der Gesellschaft betreibenden Beklagten als vielmehr gegen die vertragstreuen Gesellschafter, die das Gesellschaftsverhältnis mit dem Beklagten beizubehalten wünschen.

Es kommt nach allem dafür, ob man die Auflösungsklage nach § 133 HGB abweichend von den sonstigen Fällen der Klage nach § 127 HGB für begründet halten muß, auch darauf an, ob die Durchführung der Gesellschaft nach Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters endgültig unmöglich wird. Könnte auf Grund eines richterlichen Eingriffsrechts eine ausreichende, für den Beklagten zumutbare Vertretung für die Gesellschaft geschaffen werden, würde gar eine Ersatzordnung der Vertretungsmacht von selbst an die ursprüngliche treten oder könnte eine Mitwirkung der Gesellschafter zu einer Gegenmaßregel auf Grund ihrer Treuepflicht erzwungen werden, entfielen eine Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes. Für den Beklagten gäbe es keine Möglichkeit, abweichend von dem Normalfall der Entziehung der Vertretungsmacht die Auflösung der Gesellschaft zu betreiben.

Diese Überlegungen müssen zu der Untersuchung führen, ob eine Neuorganisation der Vertretungsmacht nach dem Entziehungsurteil möglich ist und wie diese gegebenenfalls zu erreichen ist. Wurde bislang lediglich negativ festgestellt, daß die Auflösung und deren Ersatz als generelle Lösung nicht geeignet sind, den klagenden Gesellschaftern gerecht zu werden, muß weiter der Frage nachgegangen werden, wie eine positive Neuregelung der Vertretungsordnung zu erreichen ist.

4. Abschnitt: Die Möglichkeiten der Erhaltung der Gesellschaft durch Berufung eines neuen Vertreters aus dem Kreis der Gesellschafter

§ 7 Hilfsweise Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter

Vornehmlich der BGH, aber auch viele andere sind, wie gesehen,

der Auffassung, die Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters sei nicht zulässig, mit dem Argument begegnet, die Entziehung führe nicht zu einem vertreterlosen, rechtlich unmöglichen Zustand, da in einem Falle dieser Art ipso jure eine Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter angenommen werden müsse. Der BGH hat ausgeführt, die Rechtslage sei hier ebenso zu beurteilen, wie wenn der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit weg falle. Durch ein rechtskräftiges Urteil: "Dem Gesellschafter A wird die Vertretungsmacht entzogen" würden also alle Gesellschafter einschließlich des Beklagten Gesamtvertretungsmacht erhalten bis zur Neuregelung der Vertretungsmacht. Dieses Ergebnis erscheint vielen am zweckmäßigsten, wenn es sich auch, wie z.T. zugegeben wird, "weder mit dem Gesellschaftsvertrag noch mit dem Gesetz begründen läßt" ¹⁾.

Man mag zwar davon ausgehen, daß der BGH und die anderen Autoren die Annahme einer Gesamtvertretungsmacht nur als Notlösung für die Zeit nach der Rechtskraft des Urteils für richtig halten. Der BGH unterläßt es aber zu erörtern, ob überhaupt eine Neuregelung zu erfolgen habe und wie gegebenenfalls der Zustand der Gesamtvertretungsmacht zu beseitigen wäre, woraus nur der Schluß gezogen werden kann, daß auch über einen längeren Zeitraum hinaus ein derartiger Zustand, wenn nötig, hingenommen werden soll.

Bevor die Richtigkeit dieser Ansicht, die zur Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter führt, im allgemeinen geprüft werden soll, sei darauf hingewiesen, daß diese Rechtsansicht im besonderen Falle der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen Komplementärs einer KG zu keinem Ergebnis führen kann. Man müßte nämlich, da die Kommanditisten zur Vertretung der Gesellschaft nicht berechtigt sind, entweder die Entziehung der Vertretungsmacht hier für unzulässig hal-

1) von Godin JR 48, 62.

ten, da sie zu einem rechtlich unmöglichen Ergebnis führe, so daß nur eine Auflösung bliebe, oder aber eine neue Lösung suchen. Dies dürfte allerdings Schwierigkeiten bereiten, weil man sich mit der wohl auf eine OHG, nicht aber auf eine zweigliedrige KG anwendbaren Argumentation "eine solche Lösung führt nicht zu einem rechtlich unmöglichen Zustand, da in einem Fall dieser Art Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter angenommen werden muß" ¹⁾ festgelegt hat.

Die Annahme einer Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter beruht auf der zu der Frage des vertraglichen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung am häufigsten vertretenen Meinung. Eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, nach der alle Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen seien, könne nur dahin gedeutet werden, daß die Gesellschaft nun durch alle Gesellschafter gemeinsam vertreten werde ²⁾. Diese Art der Argumentation kommt z.B. auch bei Hueck ³⁾ klar zum Ausdruck, wenn er bei der Behandlung der Frage der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters darauf hinweist, daß hilfsweise sämtlichen Gesellschaftern Gesamtvertretungsmacht zustehe und dabei auf seine Ausführungen zur Frage der Zulässigkeit des Vertragsausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht verweist. Ob dieser Ansicht, daß dem vertraglichen Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht die Vereinbarung einer Gesamtvertretungsmacht entnommen werden kann, sei es im Wege der Konversion oder sei es auch im Wege der Auslegung, zu folgen ist, mag hier zunächst dahinstehen. Diese Ansicht ist aber keineswegs als gefestigtes gedankliches Allgemeingut der Literatur und Rechtsprechung anzusehen, denn sie enthält Mängel, die auch schon früh erkannt sind, bis auf den heutigen Tag aber noch nicht entkräftet sind. So seien der Meinung, wonach von einer Gesamt-

1) BGH 33, 108; Hueck S. 217.

2) OLG Dresden, OLGE Bd. 2, S. 516; Wieland 585 Anm. 7; Ritter § 125 Anm. 4.

3) S. 217.

vertretungsmacht aller Gesellschafter auszugehen sei, auch die heute gewiss noch nicht von der Hand zu weisenden Bedenken von Gorski aus dem Jahre 1888 entgegeng gehalten ¹⁾. Dieser hat bereits darauf verwiesen, daß zwar praktisch die Gesellschaft in jedem Fall, von Bevollmächtigten einmal abgesehen, nur durch das Zusammenwirken sämtlicher Gesellschafter verpflichtet werden kann. Theoretisch sei aber für den Fall, daß alle Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen seien, keiner der Gesellschafter zur Vertretung berechtigt. Die Gesellschafter, die sämtlich durch Vereinbarung von der Vertretung ausgeschlossen seien und für die Gesellschaft aufträten, gäben vielmehr damit zu erkennen, daß sie die Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage aufgehoben hätten und an deren Stelle Gesamtvertretungsmacht sämtlicher Gesellschafter vereinbart hätten. Daran ändere auch nichts, daß sie später wieder durch konkludente Handlungen sich gegenseitig von der Vertretung ausschlossen.

Die Ansicht, daß in diesem Falle alle Gesellschafter zusammen Gesamtvertretungsmacht hätten, wird aber auch in heutiger Zeit von J. v. Gierke ²⁾ und Buchwald ³⁾ nicht als zwingend angesehen. Sie fragen, warum nicht die Gesetzesregel gelte, wonach alle Gesellschafter im Zweifel Einzelvertretungsmacht hätten. Auch Weipert ⁴⁾ und Schlegelberger ⁵⁾ gehen nicht ohne weiteres von einer hilfsweisen Gesamtvertretungsmacht als vereinbart aus, weil diese Lösung den offensichtlichen Mangel hat, daß sie der getroffenen Parteivereinbarung zu wenig Rechnung trägt. Damit ergibt sich, daß die Annahme einer hilfsweisen Gesamtvertretungsmacht, soweit sie auf Stellungnahmen zur Frage des vertraglichen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung beruht, bereits

1) S. 154.

2) S. 207.

3) BB 61, 1341.

4) § 125 Anm. 4.

5) § 125 Anm. 11.

formal auf schwankendem Boden steht.

Hieran vermag auch der Hinweis von Hochgürtel, daß es eine "theoretische, jeder praktischen Bedeutung entbehrende Konstruktion" wäre, eine solche Gesamtvertretungsbefugnis bestreiten zu wollen ¹⁾, nichts zu ändern. Wenn dieser nämlich zu diesem Ergebnis mit dem Hinweis darauf, daß den Gesellschaftern nicht das Recht abgesprochen werden könne, eine dahingehende Gesellschaftervereinbarung zu treffen, kommt, so sagt er damit nur etwas Selbstverständliches, was für die hier zu behandelnde Frage keinen Rückschluß zuläßt. Ein derartiges Recht der Gesellschafter wird von keinem bestritten. Eine entsprechende Vereinbarung ist nämlich ohne weiteres möglich. Die für den vertraglichen Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht vielleicht nur theoretische Frage, ob ipso jure eine Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter angenommen werden muß, wird im hier in Rede stehenden Falle jedoch bedeutsam.

Die Annahme einer Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter muß auch deshalb als zweifelhaft erscheinen, da sie für die Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters zu einem Ergebnis führt, welches dem § 127 HGB, der die völlige Entziehung der Vertretung regelt, wenn dies beantragt wird, nicht gerecht wird. Nach der Ansicht, die hilfsweise Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter annimmt, liegt im Grunde nicht, worauf das RG ²⁾ bereits hingewiesen hat, eine völlige Entziehung, wie sie § 127 HGB verlangt, sondern lediglich eine Umwandlung der Einzelvertretungsmacht in eine Gesamtvertretungsmacht vor.

Die Annahme einer Gesamtvertretungsmacht in Fällen der Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter stößt aber noch auf andere Bedenken. Durch die Entziehung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters darf

1) S. 86.

2) Bd. 74, 299; ebenso Westermann, Handbuch, Rz. 223.

nach überwiegender Ansicht die Vertretungsmacht anderer Gesellschaften nicht erweitert werden ¹⁾. Wenn z.B. der Gesellschaftsvertrag einer KG mit zwei Komplementären bestimmt, daß der zweite Komplementär von der Vertretungsmacht ausgeschlossen sein sollte, dann steht keinesfalls fest, daß dieser Komplementär nun an der Vertretung der Gesellschaft beteiligt werden soll. Eine solche Annahme könnte dem ausdrücklichen Willen der Vertrag schließenden Gesellschafter widersprechen, die gerade den Ausschluß des zweiten Komplementärs von der Vertretung vereinbart hatten ²⁾. Auch wenn zugegeben werden muß, daß es im Sinne des Gesellschaftsvertrages und auch der klagenden Gesellschafter liegen kann, daß nunmehr eine Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter bestehe, liegt kein Grund vor, warum die Vereinbarungen der Gesellschafter, wie sie im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gekommen sind, hinfällig werden sollen ³⁾.

Man wird auch nicht gegenüber einer die Gesamtvertretungsmacht ablehnenden Haltung einwenden können, die Vertretungs-

-
- 1) Weipert § 127 Anm. 11; Brand § 127 Anm. 2 e; Fischer a.a.O.; Schwarz § 127 Anm. 3; Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 9; Lukes JR 60, 43 (45).
 - 2) So ausdrücklich Hueck, S. 111, für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Für den entsprechenden Fall der Entziehung der Vertretungsmacht will er aber Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter annehmen. Der Grund für diese m.E. ungerechtfertigte verschiedenartige Behandlung dieser Fälle ist darin zu suchen, daß Hueck von seinem Standpunkt aus, eine Gesellschaft könne nicht ohne Vertretungsmacht eines Gesellschafters existieren, um eine Auflösung zu verhindern, Gesamtvertretungsmacht annimmt, während ja nach dem hier gefundenen Ergebnis eine vorübergehend vertreterlose Gesellschaft nicht automatisch der Auflösung verfällt.
 - 3) Es muß übrigens überraschen, wenn Schlegelberger in der Anm. 9 zu § 127 HGB bemerkt, es sei dem BGH in der Annahme der Gesamtvertretungsmacht zu folgen, in der Anm. 4 der Kommentierung zu demselben Paragraphen aber ausführt: "Dagegen ist die Beschränkung einer bisher bestehenden Einzelvertretungsmacht durch eine Gesamtvertretungsmacht unzulässig. Sie ist nicht ohne sonstige Umgestaltung der Vertragsverhältnisse möglich und kann nicht gegenüber der Einzelvertretungsmacht als nun für zulässig erachtet werden".

macht der übrigen Gesellschafter habe bis jetzt "geschlummert" ¹⁾, so daß nun die Vertretungsmacht aller Gesellschafter in Form einer Gesamtvertretungsmacht erwache. Dieser Gedanke, daß die Vertretungsmacht gewissermaßen vorher schon latent vorhanden gewesen ist und nun, da die Gesellschaft vertreterlos zu werden droht, wieder "aufwacht", findet sich dann, wenn der einzige vertretungsberechtigte Gesellschafter durch Tod weggefallen ist. Er mag dort richtig sein. Erman ²⁾ meint sogar, wenn der einzige persönlich haftende Gesellschafter bei einer KG durch Tod wegfallt, sei von einer Gesamtvertretungsmacht der verbleibenden Kommanditisten trotz § 170 HGB auszugehen. Wer aber auf das ihm gesetzlich zustehende Vertretungsrecht im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich verzichtet hat, kann im Falle der Entziehungsklage nicht sagen, es habe ihm dieses weiterhin latent zugestanden und es werde nunmehr wieder offenbar. Der Hinweis des BGH auf die nach seiner Ansicht insoweit gleichliegenden Fälle der Geschäftsunfähigkeit oder des Todes des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters vermag nicht zu überzeugen, denn es ist ein Unterschied, ob eine rechtlich schwierige Lage durch Tod eintritt oder durch ein Gerichtsurteil, welches dem Beklagten nur die Befugnisse entziehen will, da er Anlaß zu berechtigter Beschwerde gab ³⁾. Der Tod des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters muß nämlich in jedem Falle, wenn die Gesellschaft fortgeführt werden soll, zu einer Vertragsänderung führen und, wenn diese nicht zu erreichen ist, zu deren Auflösung, vgl. § 131 Ziff. 4 HGB. Das Institut des § 127 stellt aber eine Maßnahme dar, die zwar den Einfluß des Beklagten reduziert, aber davon ausgeht, daß der Beklagte Gesellschafter bleibt.

Für die entsprechende Problematik bei der Geschäftsführungsbefugnis weist auch Lukes ⁴⁾ zutreffend darauf hin, daß je-

1) Ritter § 127 Anm. 2; dagegen Wilker S. 30.

2) Festschrift Nipperdey, S. 277.

3) Buchwald a.a.O.

4) A.a.O.

de Anordnung der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis anstelle der Einzelgeschäftsführungsbefugnis keine bloße Reduzierung der Befugnis, wie sie der Wortlaut des § 117 HGB decke, darstellt, sondern begriffsnotwendig auch eine positive andersartige Neugestaltung der Befugnis. Entsprechendes gilt für die Wortauslegung des fast wörtlich übereinstimmenden § 127 HGB. In dieser Vorschrift ist ebenfalls nicht die Anordnung der Gesamtvertretungsbefugnis anstelle einer Einzelvertretungsbefugnis enthalten. Ein Entziehungsurteil, welches die Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter zur Folge hätte, käme einem positiv gestaltenden Gerichtsentscheid, dessen Zulässigkeit von der h.M. aber, soweit er nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, verneint wird ¹⁾, sehr nahe. Das Gesetz läßt aber jeglichen Hinweis auf eine solche, die Vertretung anderer Gesellschafter stärkende Umwandlung der Vertretungsmacht, vermissen.

Der BGH ²⁾ bedient sich übrigens selbst dieser Argumente, welche gegen den Eintritt einer hilfsweisen Gesamtvertretung geltend gemacht werden müssen. Er führt aus, daß zwar, wenn nach dem Ausscheiden des einen von zwei Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern aus einer KG nur noch ein persönlich haftender Gesellschafter übrig bliebe, dieser nunmehr alleine die Gesellschaft vertreten müsse. Er verweist aber ausdrücklich darauf, daß dies eine Ausnahme von den Fällen sei, in denen die Vertretungsmacht aus sonstigem Grunde erlösche. Der Eintritt eines solchen sonstigen Umstandes ändere grundsätzlich nichts an der Vertretungsmacht des anderen Gesellschafter, so daß bei Wegfall eines von zwei Gesamtvertretern nicht der andere nunmehr allein Vertretungsmacht erhalte. Auch der BGH bringt somit das Argument, daß ein Zuwachs an Vertretungsmacht im Zweifel nicht im Sinne des Gesellschaftsvertrages läge. Der BGH unterläßt es zwar, ausdrücklich zu sagen, daß die Gesellschaft damit ohne ver-

1) Lukes a.a.O. m.w.N.

2) JR 65, S. 21.

tretungsberechtigten Gesellschafter sei und beschränkt sich darauf festzustellen, daß sich ein Machtzuwachs verbiete. Dieser BGH-Begründung ist aber deutlich zu entnehmen, daß der andere Gesellschafter nicht ohne weiteres die Einzelvertretungsbefugnis erhält, wenn einem Kollektivvertreter die Gesamtvertretungsmacht entzogen wird. Seiner Ansicht nach erlischt vielmehr auch die Vertretungsmacht der anderen, so daß die Gesellschaft nicht mehr ordnungsgemäß vertreten ist und "zur Ergänzung der Vertretung" genötigt ist ¹⁾. Die Frage, wie die Gesellschaft zu einer neuen Regelung der Vertretungsbefugnis gelange, wird vom BGH auch in dieser Entscheidung offengelassen, wobei auffällt, daß der BGH hier nicht etwa ²⁾ argumentiert, daß kein rechtlich unmöglicher Zustand eintreten könne, weil die Gesellschafter Gesamtvertretungsmacht hätten, sondern einen Lösungsweg andeutet, der zu einer Vertreterlosigkeit der Gesellschaft führt.

Schließlich kann auch das Ergebnis, wonach alle Gesellschafter Gesamtvertretungsmacht erhalten, nicht immer befriedigen ³⁾. Man denke daran, daß der Beklagte sich schwerer Verfehlungen schuldig gemacht hätte oder geisteskrank geworden wäre. Dies anerkennt auch der BGH ⁴⁾ mittelbar dadurch, daß er einmal die Ausübung der Vertretungsmacht des Beklagten durch einstweilige Verfügung sofort unterbrochen sehen will, zum anderen aber auch durch einstweilige Verfügung ein neues Vertretungsorgan zu schaffen versucht, wohl aus der Erkenntnis heraus, daß die Gesamtvertretungsmacht nur eine Notlösung sei, die die Gesellschaft "infolge der allseits angespannten Lage" der Gesellschafter untereinander ⁵⁾ funktionsunfähig macht. Auch Westermann ⁶⁾ hält die Gesamtvertretungsmacht in diesen Fällen für eine "nur in selteren Fällen

1) Beitzke JR 65, 22.

2) Wie in Bd. 33, 108.

3) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 223.

4) Bd. 33, 105 ff.

5) Wiedemann S. 376.

6) Handbuch, Rz. 223.

len befriedigende Dauerlösung".

Den klagenden Gesellschaftern wird darüberhinaus daran gelegen sein, dem Beklagten vollständig die Vertretungsmacht zu entziehen. Es wird sie nicht befriedigen, daß der Beklagte nunmehr als Gesamtvertreter an der Ausübung der Vertretung beteiligt ist. Dadurch bliebe die Beteiligung des Beklagten an allen aktiven Vertretungshandlungen erforderlich, für passive Vertreterhandlungen behielte dieser sogar das Einzelvertretungsrecht. Daß das Interesse der Kläger auf vollständigen Vertretungsentzug des Beklagten abzielen wird, zeigt deutlich eine Entscheidung des OLG Jena ¹⁾, wo ausgeführt ist, daß es nach der konkreten Sachlage allein im Interesse der Gesellschaft liege, daß dem Beklagten die Vertretungsmacht in vollem Umfange entzogen werde, "da bei teilweiser Aufrechterhaltung der Befugnisse des Beklagten nach seinem bisherigen Verhalten damit zu rechnen ist, daß er auch die beschränkten Befugnisse mißbrauchen würde und da bei der offenbar erbitterten Feindschaft der Parteien eine Gesamtvertretungsmacht gar nicht durchführbar sein würde".

Die Nachteile der Ausübung passiver Einzelvertretung durch den Beklagten könnten auch dann zu Tage treten, wenn es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen oder auf die persönlichen Eigenschaften des handelnden Gesellschafters einmal ankäme ²⁾.

Eine Gefährdung der Belange der Gesellschaft durch die Fortdauer der aktiven und auch passiven Vertretungsmacht des Beklagten kann mithin nicht ausgeräumt werden. Die abweichende Ansicht des OLG Hamburg ³⁾, daß der Zustand der Gesamtvertretungsmacht gefahrlos sei, da der Beklagte nicht in der Lage sei, ohne Mitwirkung der Kläger für die Gesellschaft zu handeln, kann nicht überzeugen. Nicht zuletzt spricht dafür,

1) JW 35, 696.

2) Hueck S. 202.

3) OLGE 34, 342.

daß auch eine Gesamtvertretungsmacht zu Unzuträglichkeiten führen kann, daß auch die Entziehung der Vertretungsmacht eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters durchaus befürwortet wird ¹⁾.

Die Erkenntnis für eine Notwendigkeit, auch einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter die Vertretungsmacht zu entziehen, ergibt übrigens weiter, daß die Kläger, wollten sie dem Beklagten die Vertretungsmacht völlig entziehen, gezwungen wären, zuerst durch eine Klage Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter herbeizuführen und darauf, nach einer Zeit weiteren Streites, den Beklagten mit einer neuen Klage zu überziehen. Sie müßten erneut einen u.U. langwierigen Prozeß anstreben, der damit endete, daß die Gesellschaft nun mangels ausreichender Vertretung überhaupt nicht mehr am Rechtsverkehr teilnehmen könnte ²⁾. Eine solche zweimalige Klage wäre dem Kläger aber zumindest für den Fall kaum zuzumuten, in dem von vornherein klar wäre, daß der Beklagte als Vertreter schlechthin nicht mehr tragbar wäre.

Aus allem folgt, daß der Eintritt einer Gesamtvertretung aller Gesellschafter im Fall der erfolgreich gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter durchgeführten Entziehungsklage auch dann nicht ohne weiteres angenommen werden kann, wenn noch mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind ³⁾.

Selbst wenn man von einer Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter ausginge, wären aber die Schwierigkeiten keineswegs beseitigt. Diese ist im allgemeinen zu schwerfällig, um den Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht zu werden ⁴⁾. Die Ansicht von Fischer, wonach die Frage der Durchführbarkeit der Gesellschaftsverträge keine Rolle spiele, weil sie

1) Baumbach-Duden § 127 Anm. 1 c; Hueck S. 217.

2) BGH JR 65, 21.

3) Goldmann § 127 Anm. 8, 11; Wilker S. 14; Lehmann-Ring § 127 Nr. 5; Staub § 127 Anm. 1.

4) Westermann, Handbuch I, Rz. 223.

allein Aufgabe der Gesellschafter sei ¹⁾, macht es sich hier sicherlich zu leicht. Diese Ansicht wird den Klägern keineswegs gerecht. Wiedemann ²⁾ hält zu Recht eine an die Stelle der Vertretungsmacht des Beklagten tretende Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter im Hinblick auf die angespannte Situation in der Gesellschaft für wenig angebracht. Kaum je wird eine Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter unter Einbeziehung des Beklagten der wirtschaftlichen und durch die Vertrauensstörung bedingten psychologischen Situation unter den Gesellschaftern gerecht, so daß, will man die Gesellschaft erhalten, eine andere Form der Vertretung gefunden werden muß.

§ 8 Hilfsweise Einzelvertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters

Auf die Ausführungen zum Vorherigen kann im wesentlichen verwiesen werden bei Beantwortung der Frage, ob die Einzelvertretungsmacht eines jeden Gesellschafters die normale Folge einer Entziehungsklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter ist ³⁾. Gegen die Annahme einer Einzelvertretungsmacht aller Gesellschafter sprechen im Grunde genau dieselben Gesichtspunkte wie gegen die Annahme einer Gesamtvertretungsmacht. Bei einer zweigliedrigen KG besteht die Schwierigkeit, daß der Kommanditist nicht zur Vertretung ermächtigt ist. Ferner besteht auch hier das Verbot einer positiven Gestaltung des Vertragsverhältnisses durch den Richter und der Widerspruch zu dem im Gesellschaftsvertrage zum Ausdruck kommenden Willen der Vertragspartner. Gegen eine derartige Annahme spricht aber in der Hauptsache die Entziehungsklage des § 127 HGB selbst, welche in diesem Fall nicht den Erfolg hätte, daß dem Beklagten seine Vertretungsmacht entzogen würde, sondern ausschließlich den, daß nunmehr alle

1) NJW 59, S. 1062.

2) S. 375.

3) Vgl. die in § 3 III angeführten Stellungnahmen.

Gesellschafter zur Vertretung berechtigt wären, und zwar einschließlich des Beklagten. Das Entziehungsurteil würde sich damit ausschließlich auf positiv gestaltende Wirkungen beschränken. Der Schutzfunktion der Entziehungsklage würde nicht genügt. Ein derartiges Ergebnis erscheint daher noch ungeeigneter als die Annahme einer Gesamtvertretungsmacht.

§ 9 Richterliche Gestaltung

Das aus den §§ 7 und 8 dieser Untersuchung festzuhaltende Ergebnis ist, daß die Annahme einer ipso jure sich ergebende Gesamt- wie auch Einzelvertretungsmacht aller Gesellschafter mannigfache, sowohl rechtliche wie auch praktische Bedenken hinterläßt. Die Frage einer Neugestaltung der Vertretungsbefugnis kann mit diesen Möglichkeiten nicht als befriedigend beantwortet angesehen werden. Da aber der Beklagte nicht mehr zur Vertretung berechtigt bleibt, bedarf es der Neuschaffung eines Vertretungsorgans. Das erfordert an sich eine durch die Gesellschafter herbeizuführende Vertragsänderung. Man könnte aber auch den Richter für berechtigt halten, im Rahmen des Entziehungsurteils eine Neuordnung der Vertretungsmacht zu schaffen. Eine solche Lösung hätte den Vorteil, daß die Mitwirkung des Beklagten, dem die Vertretungsmacht entzogen wurde und der häufig an einer Neuregelung der Vertretung ohne ihn nicht interessiert sein dürfte, an der Neuregelung entbehrlich wird. Es gibt im Gesellschaftsrecht des HGB, wie die §§ 117, 127, 133, 140, 142 zeigen, durchaus Fälle, in denen der Richter durch den Erlaß eines Gestaltungsurteils in ein Gesellschaftsverhältnis vertragsändernd eingreifen kann, auch wenn dem Richter in diesen vom Gesetz vorgesehenen Fällen keine echte Gestaltungsbefugnis in dem Sinne zusteht, daß er ihm zweckmäßig erscheinende Änderungen des Gesellschaftsvertrages vornehmen könnte. Es soll daher untersucht werden, ob der Richter entgegen der ursprünglichen Regelung im Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht einem anderen Gesellschafter übertragen kann.

I. Positives Gestaltungsurteil

Ausgehend von der auch hier für richtig gehaltenen Ansicht, daß durch das Verhalten eines ungetreuen Gesellschafters das Unternehmen als solches nicht gefährdet werden darf, nimmt eine Meinung in der Literatur nun den Standpunkt ein, der Richter, der über die Entziehungsklage zu entscheiden habe, habe, falls die Parteien sich nicht über die Neuordnung einer Vertretungsmacht zu einigen vermöchten, die Befugnis, nach freiem Ermessen durch Urteil über eine Neuordnung der Vertretungsbefugnis zu entscheiden ¹⁾. Der von der Vertretung abberufene Gesellschafter, der Vertragsänderungen, wenn auch nicht notwendigerweise verschuldet, aber doch wenigstens zu vertreten habe, müsse billigerweise Erweiterungen der Befugnisse der übrigen gegen sich gelten lassen. Daher könne vom Gericht ein neuer Vertreter bestellt werden.

Marcus ²⁾ will unter Hinweis auf § 142 HGB für den Fall, daß dem einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter die Vertretungsmacht entzogen ist, den Klägern das Recht zugestehen, "durch konstitutives Urteil die Änderung der Vertretungsbefugnis herbeizuführen". Eine andere Auslegung des § 127 HGB bedeute eine "Rechtsverkümmierung" des verletzten Gesellschafters, die, argumentum a fortiori aus § 142 HGB, nicht dem Gesetz entsprechen könne.

Auch wenn die überwiegende Meinung diese Ansicht ablehnt ³⁾, soll sie damit nicht einfach abgetan werden, denn sie würde zu dem vielleicht guten Ergebnis führen, daß der Richter, dem die Parteien aus dem Prozeß bekannt sind, als Neutraler eine praktische Entscheidung treffen könnte.

Bei der Beurteilung dieser Ansicht ist davon auszugehen, daß der § 127 HGB nach seinem Wortlaut nur die Entziehung, aber

1) Wieland S. 575, 576 Fn. 60, 588 Fn. 17; OLG Dresden, Bauer 11, 188; Marcus HoldhMSchr 09, S. 23.

2) HoldhMSchr 07, 21.

3) Lukes a.a.O.; Weipert § 117 Anm. 24; Fischer NJW 59, 1058 f.; Hueck S. 111; vgl. auch allgemein Brox JR 60, 322.

keine gestaltende Regelung der Vertretungsmacht zum Gegenstand hat. § 127 HGB sagt nichts von den Folgen und Auswirkungen der Entziehung der Vertretungsmacht auf die übrigen Gesellschafter, und es ist weder in § 127 HGB noch in einer weiteren Vorschrift des Gesetzes die Rede davon. Gleichwohl könnte sich die Frage stellen, ob nicht in dem Fall, in dem durch die richterliche Entziehung der Vertretungsmacht die Gesellschaft vertretungslos wird, die richterliche Befugnis gegeben sein muß, die Vertretung der Gesellschaft gleichzeitig auch gestaltend zu regeln. Diese Frage wirft das Problem auf, ob auch Urteile mit positiv gestaltender Wirkung, zu denen der Richter nicht ausdrücklich ermächtigt ist, zulässig sind.

Nach h.M. sind jedoch vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich genannte Gestaltungsclagen und Gestaltungsurteile im allgemeinen schon unzulässig ¹⁾ und auch äußerst selten ergangen ²⁾.

Gegen Gestaltungsurteile mit positiver Gestaltungswirkung, denen eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung fehlt, sprechen verschiedene Gesichtspunkte. Einmal sind diese vom Gesetzgeber überhaupt in nur engem Rahmen für zulässig erklärt worden. So gibt es zwar Gestaltungsurteile positiv gestaltenden Inhalts, z.B. das Urteil auf Abänderungsklage, § 323 ZPO, das Urteil auf Vollstreckungsklausel, § 731 ZPO, sowie materiellrechtliche Fälle, in denen der Inhalt einer Leistung durch Urteil bestimmt oder herabgesetzt wird, vgl. §§ 315 III 2; 316 I 2, 343, 655, 2048, S. 3 BGB. In diesen Fällen ist jedoch die positive Gestaltungsbefugnis entweder sehr eng umgrenzt ³⁾ oder sie ist zwar in das Ermessen des Richters

1) Bereits Gaupp-Stein, vgl. zu § 253 ZPO, Vorbem. 3; Brox JR 60, 322; Baumbach-Lauterbach Anm. 2 c vor § 253; Rosenberg § 87 II; vgl. die Zusammenstellung bei Stein-Jonas, 18. Aufl., Vorbemerkung II 3 vor § 253; vgl. auch § 293 des Entwurfs einer ZPO, 1931, der Gestaltungsurteile nur in gesetzlich vorgeschriebenen Fällen zuläßt.

2) Vgl. etwa ROHG 23, 273, 275 zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der AG, als die Anfechtung noch nicht gesetzlich zulässig war.

3) Vgl. etwa die Entscheidung über die Vollstreckungsklausel, § 731 ZPO.

gestellt, aber es wird keine fortwirkende Gestaltung durch das Urteil vorgenommen, vgl. §§ 343 BGB, 323 ZPO ¹⁾. Den Grund hierfür sehen Bötticher und Lukes sicherlich richtig in erster Linie darin, daß die positive Ausgestaltung von Privatrechtsverhältnissen "unverhältnismäßig schwieriger und komplizierter" als eine nur negative Entscheidung ist.

Zum anderen können positive Gestaltungsurteile, wenn sie die Privatautonomie der Parteien übergehen, als Ausnahmeerscheinungen allgemeiner Systematik zufolge keiner analogen Anwendung zugänglich sein.

Gegen die Zulässigkeit eines im Wege der Analogie gefundenen auf § 142 HGB gestützten positiven Gestaltungsurteils spricht zum dritten auch ein weiteres Bedenken. Der § 142 HGB enthält zwar, insoweit er den klagenden Gesellschafter für berechtigt erklärt, die Gesellschaft zu übernehmen, eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß positiv gestaltender Urteile ²⁾. Selbst wenn aber nach heutiger Ansicht auch bei Gestaltungsclagen eine Analogie nicht völlig ausgeschlossen sein sollte ³⁾, ist mit Lukes richtigerweise davon auszugehen, daß im Wege der Analogie allenfalls Rechtsfolgen für einen ähnlichen Tatbestand gewonnen werden können. § 142 HGB knüpft indes an andere Voraussetzungen an. Während der Richter gem. § 142 HGB nur zu entscheiden hat, ob der Kläger nach Beendigung eines Rechtsverhältnisses berechtigt ist, ein Geschäft zu übernehmen, und nur eine Entscheidungsmöglichkeit hat, deren Wirkung zudem überschaubar ist, hätte der Richter im Fall des Vertretungsentzuges aus einer u.U. großen Skala von Möglichkeiten, die Vertretung in einem fortwirkenden Vertragsverhältnis neu zu regeln, eine auszuwählen. Der Richter könnte z.B. bei einer fünfgliedrigen OHG, wenn A von der Vertretungsmacht ausgeschlossen wurde, entweder B, C, D oder E

1) Lukes a.a.O.

2) Weipert § 142 Anm. 12; RG 101, 244; Wieland S. 723 Anm. 3; Rötclmann NJW 56, 1619; a.A. Brand Anm. 2 B b.

3) Lukes S. 46 Fn. 44; Rosenberg § 87 II; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., Bem. II 3 vor § 253 bei Note 31.

einzelnen oder auch kollektiv die Vertretungsmacht einräumen. Die Annahme derartiger positiver Gestaltungsurteile müßte aber daran scheitern, daß die Schaffung einer neuen Vertretungsordnung vielfach nicht nur kompliziert, sondern auch von großer Bedeutung für das fortwirkende Dauerrechtsverhältnis ist.

Zudem ist die Gefahr gegeben, daß die die Vertretungsmacht neuordnende Entscheidung des Richters zu einer bloßen Zweckmäßigkeitsentscheidung wird. Diese Gefahr ist bei Normen gegeben, bei denen nicht eine Rechtsfolge die richtige sein muß, sondern bei denen von vielen gleichermaßen gerechten Lösungen bewußt oder unbewußt die zweckmäßigste ausgesucht wird. Ob nämlich der junge und aktive, aber noch etwas unerfahrene B oder der ältere, kränkliche, aber erfahrene C der bessere Vertreter ist, ist auch eine Entscheidung, die nicht nur an der "Gerechtigkeitsidee orientiert" ist. Alle richterliche Tätigkeit muß aber auf die Gerechtigkeitsidee bezogen sein ¹⁾. Westermann sagt: "Rechtsprechung ist damit als Wertung nach der Gerechtigkeitsidee in Gegensatz gestellt zum Suchen des zweckmäßigsten Ergebnisses" ²⁾. Es fehlt zwar nicht an Versuchen, dem Richter die Entscheidung reiner Zweckmäßigkeitsfragen zu übertragen, vgl. §§ 43 Abs. 2 WEG; 1, 2 HausratsVO ³⁾. Bei diesen Maßnahmen handelt es sich aber um solche, die fürsorgerischen Charakter tragen und mit der Tätigkeit des Richters ohnehin nicht mehr allzuviel gemein haben ⁴⁾.

Jedenfalls müßte eine Entscheidungsbefugnis des Richters, die Vertretungsmacht neu zu ordnen, trennt man die Rechtsver-

1) Westermann, Wesen und Grenzen, S. 37.

2) A.a.O.; vgl. derselbe AcP 152, 449, 450.

3) Zu den Versuchen diese Befugnisse des Richters auszudehnen kritisch Westermann S. 40; AcP 152 a.a.O.

4) Westermann AcP a.a.O.; ähnlich Larenz AcP 152, 449; a.A. und gegen die Einführung von "rechtsfremden" Gesichtspunkten einer sozialen Gestaltung, Flume ebenda S. 451.

wirklich durch den Richter in eine Gerechtigkeits- und eine Fürsorgesphäre, der zweiten Alternative unterfallen oder zumindest dieser mehr entsprechen. In diese Sphäre fallende richterliche Zweckmäßigkeitsentscheidungen mit gestaltendem Charakter sind jedoch nur zuzulassen, wenn sie vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind. Für diese "Zweckmäßigkeitscharakter" tragenden Maßnahmen muß auf jeden Fall gefordert werden, daß dem Richter ausdrücklich im Gesetz in einer jeden Zweifel ausschließenden Art und Weise die Ermächtigung vom Gesetzgeber erteilt ist.

Den Gedanken einer analogen Anwendung von Gestaltungsurteilen im Rahmen der Vergebung gesellschaftlicher Vertretungsmacht hat das RG im übrigen bereits sehr früh mit auch heute noch zutreffenden Argumenten abgelehnt. Es behandelte die Frage, ob der Richter bei einer OHG, bei der zwei Liquidatoren ernannt waren mit Gesamtvertretungsmacht, einen ermächtigen konnte, einen Prozeß zu führen, an dem der andere teilzunehmen sich weigerte. Das RG führt aus, daß der Richter wohl befugt sei, eine Gesellschaft aufzulösen und Liquidatoren zu ernennen, nicht aber, in den Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte einzugreifen, also z.B. Vertreter zu bestellen. Wörtlich führt es aus: "Die Befugnis hierzu kann auch nicht etwa aus jener hergeleitet werden, denn beide Befugnisse erscheinen als etwas generisch Verschiedenes: jene umfaßt nicht etwa diese als die engere; für ein Argumentum a maiori ad minus liegen daher die Voraussetzungen nicht vor" ¹⁾.

Es versteht sich von selbst, daß auch nicht eingewendet werden kann, im Wege einstweiliger Verfügung könne die Vertretungsbefugnis neu geregelt werden. Dabei handelt es sich nämlich nur um eine vorübergehende Maßnahme, die nach Ansicht des BGH ihre Grundlage allein in § 940 ZPO findet und der Sicherung des Rechtsfriedens dient.

Dem Richter kann also nicht die Befugnis zuerkannt werden, selbst wenn ein entsprechender Antrag der Gesellschafter vor-

1) RG EGG Bd. 12, S. 33, 54.

liegt, der Gesellschaft eine neue Organisation der Vertretung durch Urteil auf Dauer zu geben.

II. Maßnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Aus den im Vorherigen dargelegten Gründen ergibt sich auch, daß eine entsprechende Anwendung des § 29 BGB nicht zu einer Neuordnung der Vertretungsmacht auf Dauer führen kann ¹⁾. § 29 bestimmt, daß, soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstands fehlen, in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgericht, in dessen Bereich der Verein seinen Sitz hat, Notvorstände zu bestellen sind. Abgesehen davon, daß der § 29 BGB auf Personalhandelsgesellschaften nach h.M. ²⁾ keine Anwendung findet, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ³⁾, daß diese in erster Linie schutzwürdige Interessen Dritter wahren soll, und zwar durch eine vorübergehende Maßnahme. Selbst wenn man aber der Ansicht der II. Kommission ist ⁴⁾, wonach die Rechte der Mitglieder des Vereins des gleichen Schutzes als würdig erachtet werden müßten wie die Interessen Dritter, ist diese Bestimmung nicht geeignet, den Konflikt innerhalb der Gesellschaft auf Dauer zu beseitigen ⁵⁾. § 29 BGB deckt nicht einen Eingriff in die den Gesellschaftern vorbehaltene Befugnis, die Grundverfassung der Gesellschaft auf Dauer zu gestalten ⁶⁾.

Eine Anwendung des § 29 BGB muß also daran scheitern, daß das HGB keine gerichtliche Vergabe der Vertretungsmacht kennt.

1) Sei es unter Einschränkung lediglich auf den Kreis der Gesellschafter oder auch im Hinblick auf die Bestellung eines Nichtgesellschafter.

2) Erman-Westermann Anm. 4 zu § 29; Soergel-Siebert § 29 Anm. 4; Palandt § 29 Anm. 1; Staudinger § 29 Anm. 6; RG 116, 117.

3) Hahn-Mugdan, Materialien, Bd. I, S. 165.

4) Prot. I, 517.

5) Wiedemann S. 376; Linden S. 46.

6) Hellwig S. 277 Fn. 6; Staudinger § 29 Anm. 6.

Aus ähnlichen Gründen hat auch eine Lösung auszuschneiden, die sich auf eine entsprechende Anwendbarkeit der Pflegschaftsvorschriften der §§ 1911 Abs. 2 und 1913 BGB auf die in ihrer Vertretung notleidend gewordenen Personen-Handels-gesellschaften stützt. In Anlehnung an § 10 des Zuständig-keitsergänzungsgesetzes vom 7.8.1952 ¹⁾, der die Anwendung des § 1911 BGB auf Gesellschaften und juristische Personen vorschreibt, um in erster Linie mitteldeutschen Gesellschaf-ten, die Vermögensangelegenheiten in der Bundesrepublik zu besorgen haben, eine ordnungsmäßige Vertretung zu ermögli-chen, wird zwar von einem Teil des Schrifttums die Anwendung der Grundsätze der Personalpflegschaft besonders für die KG als Übergangsregelung empfohlen ²⁾. Der weitgehende Eingriff in ein Gesellschaftsverhältnis durch den Richter, der einen Vertreter auf Dauer bestellt, ist aber auch durch eine ana-loge Anwendung des § 1911 BGB nicht möglich. Dem nach den §§ 37, 39 FGG für die Bestellung zuständigen Vormundschafts-gericht obläge zudem die Kontrolle über jede wesentlichere geschäftliche Maßnahme, vgl. §§ 1915, 1837, 1821, 1822 BGB. Abgesehen davon, daß hiermit der kaufmännischen Verantwortung des Vertreters der Gesellschaft nur schlecht gedient wäre ³⁾, bleibt der gegen alle positiven Eingriffe des Richters be-stehende entscheidende Einwand, daß bei einem Verband, des-sen Mitgliedschaft für seine Mitglieder angesichts des vollen persönlichen Engagements ein großes Risiko bedeutet, die Ver-pflichtungsbefugnis und die Verfügungsmacht auf den Willen der Gesellschafter zurückzuführen sein muß.

Eine Vertretung kraft Gesetzes wie die Pflegschaft oder auch die Vormundschaft, die ihrem sozialen Zweck nach nicht dem Willen der Beteiligten entspringt, sondern ihrem Schutze dient, soll zudem nur dort eingreifen, wo jemand nicht in der

1) BGBI I 407.

2) Baumbach-Duden A. 1 D a. E. zu § 125 HGB; Peters MDR 51, 343; Reiff NJW 64, 1941; OLG Hamm MDR 51, 743.

3) Buchwald DB 57, 109.

lage ist, sein Schicksal privatrechtlich zu gestalten ¹⁾. Allen Fällen der Vertretung kraft Gesetzes ist nämlich gemein, daß sie die private Autonomie der Einzelnen übergehen und daß diesen eine Vertretung in "amtsartiger" Stellung aufgezwungen wird ²⁾. Hier geht es aber nicht um den Schutz eines einzelnen aus sozialen Gründen, sondern um die Interessen einer Handelsgesellschaft.

§ 10 Ergänzende Vertragsauslegung

Es fragt sich aber, ob der Richter nicht im Rahmen einer Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, ohne ein Gestaltungsurteil zu erlassen, als befugt angesehen werden könnte, anderen Gesellschaftern die Vertretungsbefugnis anstelle des von der Vertretung Abberufenen im Wege der Auslegung zu übertragen. Es finden sich im Schrifttum Hinweise, daß bei der Entziehung von Verwaltungsbefugnissen, wenn sie zu einem Mangel der Vertretungs- oder Geschäftsführungsorganisation führen, im Wege der Auslegung versucht werden müsse, zu einer Neuordnung dieser Organisationen zu kommen ³⁾. Dabei ist an eine ergänzende Vertragsauslegung zu denken ⁴⁾.

Brox ⁵⁾ hat sich über die Frage richterlicher Gestaltung privater Rechtsverhältnisse damit auseinandergesetzt, inwieweit

1) Vgl. ausführlich Müller-Freienfels S. 340.

2) Müller-Freienfels a.a.O. S. 344, 44; damit sind auch die Fälle der Pflegschaft eines Vollgeschäftsfähigen und der Vertretungsmacht der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt erfaßt.

3) Beitzke JR 65, 22; Hueck S. 111; Düringer-Hachenburg § 117 Anm. 10; Staub-Pinner § 127 Anm. 5; Weipert § 127 Anm. 8.

4) Die angegebenen Stellen der Literatur unterscheiden zwar nicht zwischen der einfachen Auslegung, die nur den wirklich geäußerten Willen der Parteien, wie er in ihren Erklärungen Ausdruck gefunden hat, feststellt, und der ergänzenden Vertragsauslegung. Fehlt es aber an jeglichen Hinweisen auf eine Neuordnung der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag, kann die einfache Auslegung keine Hilfe bringen. Ein bisher von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter wird "ohne Ergänzung des Parteiwillens" nicht als nunmehr vertretungsberechtigter Gesellschafter angesehen werden können.

5) JR 60, 321 ff.; vgl. auch Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 123 ff.

über die im Vertragshilfegesetz vorgesehenen richterlichen Eingriffe hinaus der Richter auch allen anderen Verträgen "Vertragshilfe", d.h. Anpassung eines Vertrages an die veränderten Umstände eines Falles, zuteil werden lassen könne. Brox schlägt vor, Vertragshilfe auch dem "kranken Rechtsgeschäft" zukommen zu lassen, bei dem die "Willensbildung im Rahmen der Funktion des angedeuteten Vertragsmechanismus gestört ist" und an dessen Gesundung nicht nur ein volkswirtschaftliches, sondern auch ein Interesse der Beteiligten bestehe. Eine derartige Vertragshilfe durch den Richter entspreche einer zu beobachtenden Tendenz in Richtung einer immer mehr zunehmenden Teilhabe des Staates an der sozialen Ordnung. Die fürsorgende Tätigkeit des Staates erfasse über das Verwaltungsrecht hinaus auch andere staatliche Funktionen. Die Beantwortung der Frage, ob ein als erstrebenswert erkanntes billiges Ergebnis durch Vertragsgestaltung des Richters erreicht werden kann, ordnet Brox dem materiellen Recht zu, wobei er an eine "richtig verstandene" Vertragsauslegung denkt.

Wenn diesen Überlegungen zu folgen wäre, müßte auch ein Gesellschaftsvertrag, der durch die Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters "krank" geworden wäre, vielfach durch richterliche Gestaltung geheilt werden können, da die Erhaltung eines gutgehenden Geschäftes sowohl im volkswirtschaftlichen Interesse liegt als auch zumindest dem Willen der klagenden vertragstreuen Gesellschafters entspricht. Man könnte auch sagen, daß es billig sei, daß der Beklagte eine Erweiterung der den übrigen Gesellschaftern zukommenden Befugnisse dulden müsse ¹⁾. Fraglich ist indessen, ob der Richter wirklich im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu einer derartigen Korrektur des Vertragsverhältnisses berechtigt ist.

Es ist grundsätzlich richtig, daß die Anwendung der Auslegung von Verträgen sich nicht nur auf die Auslegung im technischen

1) Ausdrücklich Wieland S. 577.

Sinne, d.h. auf die Feststellung, welcher Inhalt Vertragserklärungen zu entnehmen ist, beschränkt ¹⁾, sondern daß sie auch die Möglichkeit gibt, den Inhalt eines Vertrages zu ergänzen ²⁾. Einig ist man sich jedoch bislang bei der Beantwortung der Frage gewesen, daß eine Korrektur des erklärten Vertragswillens und damit eine richterliche Gestaltung unzulässig ist ³⁾.

Dieser Ansicht ist auch zu folgen. Die dargelegte Ansicht von Brox muß als der Privatautonomie der Vertragspartner widersprechend angesehen werden, da es eine umfassende richterliche Vertragshilfe, die über das Vertragshilfegesetz hinausgeht, im deutschen Recht nicht gibt ⁴⁾. Aufgabe des Richters in der streitigen Gerichtsbarkeit ist nicht die fürsorgliche Rechtsgestaltung. Im Gegensatz zu Brox sieht daher die überwiegende Meinung des Schrifttums ⁵⁾ in dem § 157 BGB wie auch dem § 242 BGB keine Ermächtigung zur Gestaltung von Rechtsverhältnissen wie etwa in § 1 VHG, sondern eine Sachnorm, die den Richter an objektiv gültige Wertmaßstäbe bindet. Vertragsgestaltungen auf Grund allgemeiner Billigkeitserwägungen, "gestaltende Eingriffe in das Privatrecht, die nicht schon im Sinne des Vertrages selbst gelegen sind", überschreiten nach Larenz die dem erkennenden Richter gestellte Aufgabe ⁶⁾.

Zwar hat der BGH ⁷⁾ ausgeführt, bei der Ausfüllung von Vertragslücken handle es sich um eine Ergänzung des Vertrages,

1) Erman-Hefermehl Anm. 7 zu § 157.

2) BGH 9, 273, 23, 282; auch Mangold NJW 61, 2284.

3) Soergel-Siebert a.a.O. Bem. 84 m.w.N.

4) Larenz a.a.O. S. 266; Lukes JR 60, S. 41 Fn. 3.

5) Vgl. etwa Westermann, Wesen und Grenzen, S. 22; Erman, Personengesellschaften auf mangelnder Vertragsgrundlage, S. 67; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 167.

6) Larenz, Geschäftsgrundlage, a.a.O. S. 168.

7) NJW 53, 937.

um "richterliche Schaffung und Schöpfung dessen, was für den eingetretenen, nicht vorhergesehenen Fall zwischen den Parteien rechtens sein soll". Der BGH hat aber diese Tätigkeit eindeutig als solche der Rechtsfindung bezeichnet, die keine rechtlichen Beziehungen neu schaffe, sondern nur ausspreche, welche Umgestaltung die Rechtsbeziehungen erfahren hätten ¹⁾. Wohl "gestaltet" auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung der Richter insofern den Vertrag, als er die zur Konkretisierung eines allgemeinen Gedankens jeweils notwendige letztwillige Bestimmung trifft. Aber diese hat sich innerhalb des Rahmens zu halten, der durch den ursprünglichen Sinn des Vertrages vorgezeichnet ist. In dem Bestreben, den Grundsatz der Privatautonomie vor richterlichen Eingriffen zu schützen, wird diese Grenze der ergänzenden Vertragsauslegung auch von der neueren Rechtsprechung betont ²⁾.

Unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob man bei der Ausfüllung von Vertragslücken im Wege ergänzender Vertragsauslegung den hypothetischen Parteiwillen berücksichtigt ³⁾ oder nur den tatsächlich zum Ausdruck gekommenen Willen als Ansatzpunkt einer Entscheidung betrachtet ⁴⁾, muß also die ergänzende Auslegung immer Anknüpfungspunkte im Vertrage haben, darf aber nicht zu Erweiterungen des Vertragsgegenstandes führen ⁵⁾.

Es wird sich in jedem Einzelfall der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters die Frage stellen, ob eine Vertretung des oder der übr-

1) BGH NJW 53, 1585; vgl. auch Titze Richtermacht und Vertragsinhalt, 7 ff.; Oertmann, Geschäftsgrundlage, 169; Staudinger § 242 Anm. A 10; G 132; 402 ff.

2) Soergel-Siebert Bem. 84; BGH 19, 269; BGH 24, 165, 169, 40, 103.

3) BGH IM Nr. 5 zu § 157 BGB; BAG NJW 56, 1732; Staudinger § 133 Anm. 37 ff.; Brox JZ 66, 765, 766.

4) Larenz a.a.O.; Soergel-Siebert § 157 Anm. 88 bis 93.

5) Palandt § 157 Anm. 2 a; BGH 9, 273; BGH IM Nr. 5 zu § 157, zuletzt BGH 40, 103.

gen Vertreter im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB nach Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages geboten ist. Hält man aber die ergänzende Vertragsauslegung entgegen der dargelegten Ansicht von Brox nur in engem Rahmen für zulässig, wird man nur in sehr wenigen Fällen Gründe für eine Annahme finden können, daß die Parteien, hätten sie von der jetzt durch die Erhebung der Klage gem. § 127 HGB eingetretenen Lage gewußt, unter Berücksichtigung der Interessen aller Vertragspartner redlicherweise vereinbart hätten, daß nunmehr die übrigen Gesellschafter in irgendeiner Form vertretungsberechtigt sein sollten. Bei einer KG mit nur einem Komplementär würde diese Annahme ohnehin nicht zum Ziel führen. Aber auch bei einer zweigliedrigen OHG, bei der entgegen dem gesetzlichen Normalfall der eine Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen ist, wird in der Mehrzahl der Fälle nur unter Abänderung des ursprünglichen Parteiwillens eine neue Vertretungsorganisation zu ermöglichen sein, selbst wenn für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander eine verhältnismäßig großzügige Handhabung der Auslegungsmethode angebracht ist ¹⁾. Die Umstände werden nämlich oftmals so sein, daß der eine Gesellschafter die in ihren Auswirkungen sehr weit reichende Vertretungsmacht dem anderen gerade nicht übertragen wollte. Wenn der BGH in einer neueren Entscheidung ausgeführt hat ²⁾, die ergänzende Vertragsauslegung müsse sich als selbstverständliche Folge aus den Grenzen des Zusammenhanges des Vereinbarten ergeben, so daß ohne diese Ergänzung das Ergebnis in offensichtlichem Widerspruch zu dem tatsächlich Vereinbarten stehen würde, so wird man nur selten sagen können, daß sich als selbstverständliche Folge aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, daß nunmehr bisher von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter zur Vertretung berechtigt sein könnten. Aber auch bei mehrgliedrigen Personal-Handelsgesellschaften

1) Vgl. dazu Westermann, Die Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des Willensaktes, S. 284.

2) Bd. 40, 101 ff.

muß man im Zweifel davon ausgehen, daß der Beklagte den anderen Gesellschaftern gerade nicht das Vertrauen geschenkt hatte, das die Erteilung der Vertretungsmacht voraussetzt ¹⁾.

Damit soll nicht gesagt werden, daß im Einzelfall im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht eine Neuverteilung der Vertretungsbefugnis angenommen werden kann ²⁾. Nur ist daran festzuhalten, daß unter Berücksichtigung der Gesamtumstände bei Vertragsschluß Anknüpfungspunkte für eine bestimmte Neugestaltung der Vertretungsbefugnis im Fall des Entzugs der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters vorhanden sein müssen.

Die Literatur ³⁾ erörtert übrigens auch eine Neuregelung der Verwaltungsrechte der Gesellschaft im Wege der Auslegung in erster Linie an Hand der Fälle, in denen einem gesamtgeschäftsführungs- oder vertretungsbefugten Gesellschafter seine Befugnis entzogen wird. Für diese besonderen Fälle finden sich in der Literatur starke Bestrebungen, die Befugnisse der anderen Gesellschafter insoweit zu erweitern, als der oder die jeweils übrigbleibenden Gesamtvertreter oder Geschäftsführer nicht mehr an die Mitwirkung des Beklagten gebunden bleiben sollen. Für die Fälle der Gesamtvertretungsmacht sowie die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis wird sich

1) Staub § 117 Anm. 10.

2) Weipert § 117 Anm. 26; Schlegelberger § 117 Anm. 12; so mag man z.B. im Falle einer kapitalistischen KG, die zwei vermögenslose Komplementäre als Gesellschafter nur deshalb hat, um den Erfordernissen des Personalgesellschaftsrechts zu genügen, im Wege einer Vertragsauslegung dazu kommen, daß im Falle des Erfolges der Entziehungsklage gegen den Komplementär A nunmehr der bisher von der Vertretungsmacht ausgeschlossene Komplementär B die Vertretungsmacht erhält. Hätten die Gesellschafter nämlich bei Vertragsschluß gewußt, daß A die Vertretungsmacht entzogen werden würde, hätten sie diese wahrscheinlich dem B von vornherein erteilt. Für die Gesellschafter war also weniger entscheidend, wer die Vertretungsmacht hat, sondern es kam ihnen lediglich darauf an, daß überhaupt jemand Vertretungsmacht hatte.

3) Hueck S. 111; Schlegelberger § 117 Anm. 11, 12; Düringer-Hachenburg § 117 Anm. 10; Beitzke a.a.O.

eine derartige Auslegung auch leicht anbieten, weil diese Gesellschafter schon von vornherein an der Vertretung oder Geschäftsführung der Gesellschaft beteiligt waren und deren Befugnisse lediglich eine Verstärkung erführen. Für den Fall der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters wird man aber nur in wenigen Fällen die Möglichkeit der Auslegung haben. Man mag in den oben erwähnten Fällen des Wegfalls eines der gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter noch einen dahingehenden Willen der Gesellschafter vermuten, daß zur Not die übrigen vertretungsberechtigten Gesellschafter allein zur Vertretung berechtigt sein sollten. Hier haben die Gesellschafter jedoch ganz bewußt eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen, nach der die anderen Gesellschafter völlig von der Vertretung ausgeschlossen sein sollten ¹⁾. Zu Recht warnt auch Fischer ²⁾ die Richter davor, unter Anwendung des allgemeinen Auslegungsgrundsatzes des § 157 BGB Ersatzregelungen in den Gesellschaftsvertrag "hineinzugeheimnissen", da eine Neuordnung der Vertretungsorganisation durch den Richter die Gefahr in sich berge, daß sie dem Willen der Gesellschafter widerspreche.

Man könnte noch daran denken, gem. § 315 Abs. 1 BGB als stillschweigend vereinbart anzunehmen, daß die Kläger eine Neuordnung der Vertretungsbefugnis nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Belange des Beklagten sollen vornehmen können ³⁾. Entspreche die von den Klägern getroffene Neuordnung der Vertretungsmacht dann nicht dem billigen Ermessen, käme eine Regelung durch Urteil gemäß § 315 Abs. 3 BGB in Betracht.

Voraussetzung für eine derartige Annahme ist aber ebenfalls, daß zumindest im Wege der Auslegung eine Vereinbarung erkenn-

1) Staub-Pinner § 127 Anm. 5.

2) NJW 59, 1061.

3) So Weipert zu § 117 Anm. 26.

bar ist, derzufolge die Neuregelung der Vertretungsbefugnis unter diesen Voraussetzungen den Klägern überlassen sein sollte. Von der Annahme, daß eine solche Regelung von den Parteien vereinbart worden ist, kann nicht ohne weiteres ausgegangen werden. In der Regel ist bei vertragsändernden Maßnahmen die Mitwirkung aller Gesellschafter erforderlich ¹⁾. Der Wille der Vertragspartner, diesen Grundsatz abzuändern, müßte daher Anklang im Gesellschaftsvertrag gefunden haben. Auf keinen Fall darf die zu fordernde "Ermessensermächtigung" durch die Parteien im Vertrage fehlen ²⁾, denn den Gesellschaftern darf nichts Vertragsfremdes aufoktroziert werden. Auch über § 315 BGB kann somit nur im Einzelfall geholfen werden ³⁾.

§ 11 Neugestaltung des Gesellschaftsvertrages durch die Gesellschafter

I. Mitwirkungspflicht aller Gesellschafter

Das Ergebnis der Untersuchung der vorstehenden Paragraphen ist, daß richterliche Hilfe durch unmittelbar umgestaltende Eingriffe, auch wenn diese durch die ergänzende Vertragsauslegung ihre Rechtfertigung erhalten, jedenfalls bei Fehlen besonderer Voraussetzungen auszuschneiden hat. Für die Verteilung der Vertretungsmacht bei einer Personalhandelsgesellschaft gilt vielmehr der für alle Verbände geltende Grundsatz, daß die Gestaltung der Grundverfassung zu den den Mit-

1) Hueck S. 112 Fn. 109.

2) Neumann-Duesberg JZ 52, 705, 709.

3) So wird z.B. für den Fall, daß im Gesellschaftsvertrage vereinbart ist, daß die übrigen Gesellschafter die Entziehung der Vertretungsmacht beschließen können, häufig zugleich als vereinbart angesehen werden können, daß die beschließenden Gesellschafter auch die Neuregelung der Vertretung nach billigem Ermessen vornehmen können, vgl. Ritter § 117 Anm. 5; RGZ 114, 393 (396).

gliedern allein vorbehaltenen Angelegenheiten gehört ¹⁾. Eine die Vertretung neuordnende Änderung des Gesellschaftsvertrages kann daher nur mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen ²⁾.

Deshalb verbietet sich auch eine Annahme, daß der von der Vertretung abberufene Beklagte an der Neuordnung der Vertretung nicht mitzuwirken brauche. Hiervon könnte nur dann ausgegangen werden, wenn das bei Personengesellschaften grundsätzlich gegebene Einstimmigkeitsprinzip eindeutig ³⁾ zugunsten des Mehrheitsprinzips abgeändert worden wäre, vgl. § 709 Abs. 2 BGB.

Es fragt sich also, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter einschließlich der Beklagten an einer Vertragsänderung, die die Vertretungsbefugnis neu regelt, mitzuwirken verpflichtet sind.

Auch wenn im allgemeinen keine Verpflichtung zur Änderung der Gesellschaftsgrundlagen besteht, da die Gesellschafter sich nur zu den im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Bedingungen zur Gesellschaft zusammengeschlossen haben ⁴⁾, ist doch andererseits anerkannt, daß es hiervon Ausnahmen geben kann. Der einzelne Gesellschafter muß bei seiner Entscheidung über die Zustimmung oder Ablehnung einer Vertragsänderung beachten, daß ihm die Verpflichtung zur Förderung des gemeinsamen Zwecks seinen Mitgesellschaftern gegenüber verbieten kann, einem ihm zumutbaren Neuregelungsvorschlag die Zustimmung zu versagen ⁵⁾.

Rechtsquelle für eine solche Verpflichtung, die weder im Gesetz noch im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommt, ist die Treuepflicht unter den Gesellschaftern, die Hueck wie folgt

1) Zöllner S. 14; Staudinger § 709 Anm. 11, 13 b, 17, 19.

2) Hueck S. 118.

3) BGH BB 58, 821.

4) Hueck, Treuegedanke im Recht der OHG, S. 89.

5) Fischer NJW 54, S. 780; Hueck S. 127; BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB; Reiff NJW 64, 1941.

definiert: "Jeder Beteiligte ist verpflichtet, jede Schädigung der Interessen der Gemeinschaft und der durch den Gemeinschaftszweck umfaßten Interessen der Beteiligten zu unterlassen und darüber hinaus dieses Interesse im Rahmen der durch die Gemeinschaft bedingten Tätigkeit zu fördern" ¹⁾ ²⁾. Nun macht es zwar Schwierigkeiten, den Umfang der Treuepflicht abzustecken. Es sei insoweit aber auf die Warnung von Esser verwiesen, der gegenüber einem nicht mehr kontrollierbaren Wuchern der Generalklausel "methodische Besinnung, kasuistische Tradition und dogmatische Kontrolle" fordert ³⁾. Letztlich gibt wohl nur der Geschäftszweck einen Maßstab für vertragsmäßiges Verhalten und für die Bestimmung der Verpflichtung zur Vertragsänderung ⁴⁾, denn die Gesellschafter haben bei Vertragsschluß versprochen, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes "in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern", vgl. § 705 BGB. Die Treuepflicht kann also zu einer positiven Leistungspflicht hinsichtlich der Änderung eines Gesellschaftsvertrages führen. Zwar ist bei Annahme einer Stimmpflicht eines widerstrebenden Gesellschafters grundsätzlich Zurückhaltung geboten ⁵⁾, da er sich lediglich in der durch den Vertrag bestimmten Weise verpflichtet hat. Andererseits muß aber gerade hier beachtet werden, daß der Beklagte auf Grund des Bestandschutzgrundsatzes, der im § 127 HGB zum Ausdruck kommt, verpflichtet ist, an der Erhaltung der Gesellschaft mitzuwirken und sich insoweit dem Anliegen

1) Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 15.

2) Die wohl h.M., Staudinger A. 35 a zu § 705; Soergel-Siebert zu § 242 A. 46; Weipert § 105 Anm. 31; Palandt § 705 Anm. 7; Schilling, JZ 53, 489, versteht die gesellschaftliche Treuepflicht nicht im Sinne einer selbständigen Pflicht neben der Generalklausel Treu und Glauben, sondern als eine zu einer "Pflichtvermehrung" führenden Modifizierung von Treu und Glauben, "die sich nur graduell, nicht aber wesensmäßig" von Treu und Glauben unterscheidet, während andere (vgl. etwa Hueck, Treuegedanke, S. 9) sie als einen durch Gewohnheitsrecht gewonnenen selbständigen Rechtssatz ansehen.

3) JZ 56, 556.

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 377.

5) Esser a.a.O.

der anderen Gesellschafter nicht zu entziehen. Er ist verpflichtet, an einer angemessenen Neuordnung der Vertretungsmacht, dessen Notwendigkeit in seinen Bereich fällt, mitzuwirken, wenn der Gesellschaftszweck sonst nicht mehr zu erreichen wäre ¹⁾. Eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer neuen Vertragsregelung wird daher auch zu Recht namentlich in Fällen der hier vorliegenden Art einhellig bejaht ²⁾.

Eine Klage auf Zustimmung zu einer dem Gesellschaftszweck entsprechenden Regelung der Vertretungsbefugnis, mit anderen Worten auf Zustimmung zu einem bestimmten Beschlußantrag ³⁾, kann auch mit der Klage auf Entziehung der Vertretungsbefugnis des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters verbunden werden, sofern die Kläger unter sich über eine Neuregelung einig sind ⁴⁾. Das Gericht wird dann nicht lediglich negativ über eine Entziehung entscheiden, sondern auch positiv über eine Neuordnung. Dabei handelt es sich dann freilich nicht um ein Gestaltungsurteil, welches ergeht, sondern das Gericht trifft seine Entscheidung insoweit im Rahmen eines Leistungsurteils, in dem es den widersprechenden Gesellschafter zur Zustimmung zu der von den anderen Gesellschaftern vorgeschlagenen Regelung verurteilt.

Man könnte sich nun mit der Feststellung begnügen, kein Gesellschafter, also auch der Beklagte nicht, könne einem zumutbaren Änderungsvorschlag in diesem konkreten Falle seine Zustimmung versagen. In der Tat begnügen sich auch hiermit die meisten Hinweise im Schrifttum ⁵⁾.

Die grundsätzliche Verpflichtung auch des Beklagten zur Mitwirkung an der Erhaltung der Gesellschaft bedeutet aber nicht,

1) Hueck S. 112.

2) Hueck S. 112, 127; Fischer NJW 59, 1061; Reiff a.a.O.; Weipert § 117 Anm. 26; § 127 Anm. 8; Staudinger § 709 Anm. 20.

3) Zöllner S. 218.

4) Vgl. für die entsprechende Situation bei der Entziehung der Geschäftsführung Hueck S. 112 m.w.N.

5) Reiff NJW 64, 1941; Fischer NJW 59, 1061; Hueck S. 111 ff.; Weipert § 127 Anm. 8; u.a.m.

daß er auch verpflichtet sei, jedem dafür gemachten Vorschlag der anderen Gesellschafter zuzustimmen. Ein Vorschlag, der auch von ihm akzeptiert werden kann, muß nicht nur rechtlich durchführbar sein, sondern auch praktisch verwendbar, der Situation der Gesellschaft im Einzelfall also angemessen sein. Es läßt sich daher nicht umgehen, die überhaupt in Betracht kommenden Änderungsmöglichkeiten der Vertretungsmacht auf ihre Vor- und Nachteile hin zu überprüfen. Erst wenn man genaue Vorstellungen davon hat, wie die neu gefaßte Form des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Vertretung auszusehen hätte, wird sich abschließend im Einzelfall sagen lassen können, ob eine Mitwirkungspflicht angenommen werden kann. Es genügt nicht, daß der Vorrang des Verbands- und Gesellschaftsinteresses vor den Einzelinteressen des Beklagten als gegeben angenommen wird, wenn es um eine zweckentsprechende Regelung der Vertretungsbefugnis geht.

II. Möglichkeiten einer vertraglichen Änderung

1. Übertragung der Vertretungsmacht auf einen anderen Gesellschafter

Es liegt am nächsten, die Vertretung der Gesellschaft in der Weise neu zu regeln, daß man die dem Beklagten entzogene Vertretungsmacht einem der anderen Gesellschafter überträgt. In einer Anzahl von Fällen, insbesondere bei einer mehrgliedrigen OHG oder KG mit mehreren Komplementären wird die Übertragung der Vertretungsmacht auf einen anderen Gesellschafter als eine allen Gesellschaftern zumutbare, vernünftige Neuregelung der Vertretungsmacht anzusehen sein.

Es ergeben sich aber Bedenken, ob man auf diesem Wege für alle Fälle eine angemessene Ersatzordnung schaffen kann. Bedenken müssen sich einmal in den Fällen ergeben, in denen die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern besteht und der andere Gesellschafter zur Vertretung nicht geeignet oder nicht

bereit ist. Es ergeben sich aber zum anderen auch Bedenken bei mehrgliedrigen Gesellschaften aus der Erwägung heraus, daß bei Vertragsschluß sicherlich nicht ohne Grund alle Gesellschafter mit Ausnahme des jetzigen Beklagten von der Vertretung ausgeschlossen worden sind. Wenn jedoch besondere Erwägungen zu einer bestimmten Vertretungsregelung geführt haben, wird man den Beklagten zur Zustimmung zu einer vertraglichen Neuordnung der Vertretung dann nicht für verpflichtet halten können, wenn anzunehmen ist, daß er einer Vertretungsregelung mit dem abgeänderten Inhalt von vornherein nicht zugestimmt hätte, sondern für diesen Fall auf die Teilnahme an der Gesellschaft verzichtet hätte ¹⁾. Die Übertragung der organartigen Vertretungsmacht im Sinne des § 125 HGB setzt nämlich auch im Hinblick auf die nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gegebene Widerrufsmöglichkeit größtes Vertrauen voraus, so daß man den Beklagten nicht ohne weiteres zwingen kann, einem von ihm als ungeeignet angesehenen Gesellschafter nunmehr die alleinige Vertretungsmacht anzuvertrauen.

Besondere Bedenken ergeben sich aber bei der Entziehung der Vertretungsmacht in einer KG mit nur einem Komplementär. Die Übertragung der Vertretungsmacht auf einen Kommanditisten ist wegen § 170 HGB, der nach h.M. zwingenden Rechtes ist, nicht möglich. Es bedürfte also der Umwandlung einer Kommanditistenstellung in die eines Komplementärs. Ob aber eine derartige im Vertrag nicht vorgesehene Kräfte-, Einfluß- und Haftungsverschiebung immer zu einer annehmbaren Lösung führt, bleibt sehr zweifelhaft. Mag der Beklagte in vielen Fällen die Verpflichtung haben, in eine Übertragung der Vertretungsmacht auf einen oder mehrere andere Gesellschafter einzuwilligen, so hat doch der Hinweis auf eine Reihe besonders gelagerter Fälle gezeigt, daß man den Beklagten keineswegs immer für verpflichtet halten kann, der Übertragung der Vertretungsmacht auf einen oder mehrere andere Gesellschafter zuzustim-

1) Vgl. Hueck S. 127, 128.

men. Auch unter sorgfältiger und verständiger Abwägung der Interessen des Beklagten, der der anderen Gesellschafter untereinander und derjenigen der Gesellschaft, läßt es sich nicht mit Sicherheit ausschließen, daß die Übertragung der Vertretungsmacht auf einen anderen Gesellschafter den Keim weiterer Komplikationen in sich trägt.

2. Aufnahme eines neuen Gesellschafters

In Betracht kommt weiter die Aufnahme eines neuen Gesellschafters, dem die Vertretungsmacht übertragen werden könnte. Dabei könnte Einlage die persönliche Tätigkeit des Aufzunehmenden sein, § 706 Abs. 3 BGB, so daß eine Änderung der Kapitalanteile nicht einträte.

Es sind zwar Fälle denkbar, in denen für die Gesellschafter eine Pflicht zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters besteht, so z.B., wenn es zur Sanierung des Geschäftsbetriebes unbedingt nötig ist ¹⁾. Die Zustimmungspflicht zu einer derartigen Vertragsänderung ist aber die seltene Ausnahme. Wie nämlich der Fortfall auch nur eines Gesellschafters grundsätzlich die Personalhandelsgesellschaft zerstört, so braucht sich kein Gesellschafter gegen seinen Willen einen neuen Gesellschafter aufdrängen zu lassen, selbst im Falle der hier in Rede stehenden Art ²⁾. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters könnte zur Folge haben, daß die persönlichen Interessen der bisherigen Gesellschafter mit denjenigen des neuen Mitgesellschafters kollidieren könnten. Es gäbe, mit anderen Worten, einen neuen Herren im Haus. Eine Lösung, die dazu führte, daß ein Dritter in die gesellschaftliche Vertrauensgemeinschaft aufzunehmen wäre und dieser dann zugleich auch noch die alleinige Vertretungsmacht erhielte, beinhaltet in der Regel so viele Nachteile, daß die für die Aufnahme eines neuen Gesellschafters sprechenden Interessen der Gesellschaft nur in ganz wenigen Fällen höher zu veran-

1) Hueck S. 127.

2) Hueck S. 283.

schlagen sind als die Nachteile ¹⁾. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß der Aufnahme von Dritten regelmäßig andere Erwägungen zugrunde liegen als der Behebung eines Mangels des Gesellschaftsvertrages ²⁾. Zudem muß bedacht werden, daß die Sicherheit vor dem Eindringen Fremder in den Kreis der Gesellschafter gerade als großer Vorteil der Personalhandels-gesellschaft im Gegensatz etwa zu der GmbH oder besonders auch der AG angesehen wird ³⁾. Die Aufnahme neuer Gesellschafter ist für die Personalhandels-gesellschafter ein zwar möglicher, aber doch derart ungewöhnlicher Weg, daß er schon deshalb als gängige Lösung hier auszuschneiden hat ⁴⁾.

3. Einschaltung eines Treuhänders

Es könnte auch die Berufung eines Treuhänders in Betracht kommen, der für den Beklagten in die Gesellschaft einträte und dem die Vertretungsmacht übertragen werden könnte. Hiermit würde der Beklagte seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft verlieren und der Treuhänder an seiner Stelle Gesellschafter werden und damit Träger aller Rechte und Pflichten eines Gesellschafters sein können. Dies ist unbestrittenermaßen rechtlich zulässig ⁵⁾. Eine Bindung für den Treuhänder dem Treugeber gegenüber bestände nur im Innenverhältnis, ein Überschreiten der dem Treuhänder im Innenverhältnis gezogenen Grenzen verpflichtet diesen zum Schadenersatz ⁶⁾.

Die Treuhandschaft führt aber für die Personalhandels-gesellschaft zu Bedenken in mehrfacher Hinsicht. Da es sich bei dem Eintritt des Treuhänders in die Gesellschaft um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages handelt, bedarf es zur Aufnahme

1) Hueck a.a.O. Fn. 36 a.

2) Vgl. Müller NJW 55, 1909.

3) Steiner S. 123.

4) Hueck a.a.O.

5) Vgl. etwa BGH DB 62, 1638; dabei würde es sich hier um eine sogenannte offene Treuhand handeln, weil erkennbar wäre, daß der Beklagte nun nicht mehr Gesellschafter wäre, sondern allein der Treuhänder.

6) Zu allem ausführlich Hueck S. 19.

des Treuhänders der Zustimmung aller Gesellschafter ¹⁾. Ob diese Zustimmung auch vom Beklagten zu erreichen ist, bleibt ebenso zweifelhaft wie die Frage, ob die Gesamtheit der Gesellschafter überhaupt für die Hereinnahme eines "Neuen" in die Gesellschaft zu haben ist. Will man z.B. in eine Familiengesellschaft, zu der bislang nur Familienmitglieder Zugang hatten, oder in eine zweigliedrige Vertrauensgemeinschaft plötzlich einen Dritten aufnehmen? Es bestehen im Grundsatz die gleichen Einwände, die gegen eine Erweiterung des Mitgliederkreises der Gesellschafter bestehen. Aber selbst, wenn man einen allen Gesellschaftern genehmen Treuhänder finden könnte, würde das noch nicht eine Ausräumung jeglicher Bedenken bedeuten. Es bleibt zu berücksichtigen, daß das mit der Treuhandbestellung verbundene Ausscheiden des Beklagten aus der Gesellschaft dem Sinn und Zweck des § 127 HGB widerspricht, der gerade unter Beibehaltung der Mitgliedschaft des Beklagten nur die Entziehung seiner Vertretungsmacht will. Eine mit dem Ausscheiden des Beklagten aus der Gesellschaft verbundene Lösung würde nicht beachten, daß der Mitgliedschaft des Beklagten im Hinblick auf die Kreditgrundlage der Gesellschaft besondere Bedeutung seitens der Gesellschafter beigemessen worden sein kann.

Der Treuhänder müßte als vertretungsberechtigter Gesellschafter ferner notwendigerweise die persönliche Haftung wie ein OHG-Gesellschafter oder ein Komplementär übernehmen. Ein damit für ihn verbundenes Risiko mag zwar teilweise dadurch gemildert werden, daß ihm ein Ersatzanspruch für seine Aufwendungen bei einer evtl. Inanspruchnahme für Gesellschaftsschulden gegen den Treugeber zustehen mag ²⁾. Es bleibt aber zu bedenken, daß der Treuhänder trotz seines großen Haftungsrisikos, falls nicht besondere Vereinbarungen getroffen wurden, nicht voll am Gewinn teilhaben, sondern nur eine Verwaltungsgebühr als Entgelt aus dem mit dem Treugeber ge-

1) Zur Frage der Übertragung eines Geschäftsanteils vgl. Hueck S. 288 ff.

2) Dazu im einzelnen Wiedemann S. 343, 344.

schlossenen Dienstvertrag oder Gesellschaftsverhältnis erhalten wird ¹⁾. Angesichts dieser Risikoverteilung muß aber der Vorschlag, daß durch Treuhandübernahme eines Dritten die Gesellschaft aus der Krisensituation zu befreien sei, überhaupt als der Lebenserfahrung widersprechend angesehen werden ²⁾. Kaum ein Nichtgesellschafter, der, wie es der Regel entspricht, in einem anderen Beruf tätig ist und die Vertretung deshalb zu einem großen Teil vielleicht Bevollmächtigten der Gesellschaft überlassen müßte, wird sich finden, der unter Einsetzung des vollen eigenen Vermögens ohne Beteiligung am Gewinn auf Dauer die Treuhandschaft auszuüben bereit ist.

4. Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH

Von Buchwald ist der Vorschlag gemacht worden, durch eine Umwandlung in eine GmbH, woran alle Gesellschafter mitzuwirken verpflichtet seien, die Gesellschaft zu erhalten ³⁾. Die Bildung eines Vertretungsorgans sei in diesen Fällen erleichtert, weil die Gesellschafter angesichts der allseits beschränkten Haftung eher bereit sein könnten, die Vertretungsmacht eines anderen Gesellschafters hinzunehmen oder aber auch von der Möglichkeit Gebrauch machen könnten, einen ihnen allen genehmen Dritten zum Geschäftsführer nach §§ 46 Nr. 5, 35 Abs. 1 GmbHG zu bestellen ⁴⁾.

Aber auch gegenüber diesem Vorschlag einer Lösung bestehen durchgreifende Bedenken. Einer Umwandlung steht, zwar heute

1) Schless, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, 1931, S. 20.

2) Wiedemann S. 344; zum Problem des Testamentsvollstreckers als Treuhänder bei Personalhandelsgesellschaften vgl. auch Baur, Festschrift Dölle, S. 251.

3) Buchwald BB 61, 1342.

4) Buchwald a.a.O.; dabei handelte es sich freilich nicht im Sinne der Überschrift des dritten Abschnittes um die Bildung eines neuen Vertretungsorgans "aus dem Kreis der Gesellschafter". Aus praktischen Gründen wird hier aber gleichwohl auf diese Möglichkeit kurz eingegangen.

nicht mehr die Tendenz eines Umwandlungsgesetzes, welches den Zweck verfolgte, die "Abkehr von der Anonymität zur Eigenverantwortung" zu fördern, entgegen ¹⁾. Es ergeben sich aber Bedenken aus den verschiedenen Interessenlagen, welche bei Gründung einer GmbH einerseits und einer Personalhandels-gesellschaft andererseits vorhanden sind. Die Gesellschaftsform hängt nämlich sowohl von bestimmten Gesellschaftsinteressen (Wahl der Form einer AG z.B. zur Kapitalbeschaffung; Schwierigkeit einer Kreditbeschaffung wegen der beschränkten Haftung der Gesellschaft) als auch von bestimmten Sonderinteressen der einzelnen Gesellschafter (z.B. beschränkte Haftung; Problem der Nachfolge) ab. Der Gründung einer GmbH oder einer Personalhandelsgesellschaft liegen daher oftmals völlig verschiedene Erwägungen zu Grunde.

Allgemein betrachtet läßt sich sagen, daß die Wahl der Rechtsform für eine Unternehmung in jedem Fall auch eine unternehmerische Entscheidung ist, deren oberstes Motiv das Gewinnstreben ist ²⁾, unabhängig davon, ob eine Neugründung eines Unternehmens oder eine Umwandlung auf Grund veränderter Umstände in Betracht zu ziehen ist. Bezeichnenderweise stellen die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Unternehmensformen für die einzelnen Unternehmen "Daten" im Sinne Euckens dar ³⁾. Die Betriebswirtschaftslehre behandelt die Unternehmensformen auch als Rentabilitätsfaktoren ⁴⁾. Der einzelne Unternehmer trifft die Wahl der Unternehmensform also auch gerade im Hinblick auf die Ermöglichung optimaler Voraussetzungen für sein Gewinnstreben.

-
- 1) Vgl. Gesetz vom 5. 7. 1934 über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften, welches aufgehoben wurde durch das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 15. Nov. 1956.
 - 2) Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. I, S. 347 ff.
 - 3) Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 143 ff.
 - 4) Etwa Findeisen, Die Unternehmensform als Rentabilitätsfaktor, Berlin 1924.

Darüber hinaus spricht gegen die Umwandlung der Personalgesellschaft in eine GmbH auch die Überlegung, daß sich zusätzliche Kosten, seien es nur die der Umwandlung ¹⁾ oder die, die sich bei der GmbH aus der Doppelbesteuerung ergeben, nicht vermeiden lassen.

Ferner besteht der Unterschied, daß ein Gesellschafter bei einer Personalhandelsgesellschaft leichter über seinen Gewinnanteil verfügen und vorübergehende Entnahmen auf Kosten des Kapitalanteils vornehmen kann, um z.B. private finanzielle Schwierigkeiten zu beheben ²⁾. Daher wird die Bereitschaft der Gesellschafter, einer Personalhandelsgesellschaft zusätzliche private Mittel zuzuführen, meistens größer sein als bei einer GmbH ³⁾.

Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Umwandlung in eine GmbH kann daher nur im Einzelfall zu bejahen sein ⁴⁾.

5. Einschaltung einer aus Gesellschaftern gebildeten juristischen Person

Es bleibt zu erwägen, ob die an die Treuepflicht gebundenen Gesellschafter der Personalhandelsgesellschaft verpflichtet sein könnten, die Gesellschaft in eine GmbH & Co. umzuwandeln. Dies hätte den Vorteil, daß die Gesellschaft durch den Geschäftsführer der Mitglieder-GmbH, also durch eine Person, die selbst nicht Gesellschafter der Personalhandelsgesellschaft sein muß, vertreten werden kann. Im übrigen könnte z.B. bei einer KG durch eine Umwandlung in eine GmbH & Co. erreicht werden, daß auch ein Kommanditist als Geschäftsfüh-

1) Z.B. die der Übertragung der Grundstücke usw.

2) Hesselmann, Handbuch der GmbH und Co., S. 56.

3) Hesselmann a.a.O. S. 35.

4) Vgl. zu den Nachteilen der GmbH im allgemeinen auch "Die Welt" vom 9. Nov. 1965 Nr. 262, S. 16, Auszüge aus einem Vortrag aus Anlaß des 60jährigen Jubiläums der Zentrale für GmbH, MDB Dr. Otto Schmidt.

rer der GmbH die Personalhandelsgesellschaft allein vertreten könnte ¹⁾.

Eine Umwandlung in diese Gesellschaftsform begegnet hier jedoch ebenfalls verschiedenen Bedenken. Diese Gesellschaftsform ist zwar gerade auch wegen der Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß die Gesellschaft nach h.M. nur durch "geborene" Vertreter erfolgen kann, geschaffen worden ²⁾. Es bedarf aber auch bei der Umwandlung in eine GmbH & Co. der Gründung einer GmbH. Für die notwendig werdende Gründung einer GmbH muß beachtet werden, daß das Stammkapital mindestens 20.000 DM betragen muß, § 5 Abs. 1 GmbHG. Die Gesamtsumme der Stammeinlagen der Gesellschafter muß nämlich das Stammkapital ergeben, eine Unterpariemission ist ausgeschlossen ³⁾. Ob aber die Gesellschafter einer kleineren Personalhandelsgesellschaft hierzu in jedem Falle überhaupt imstande sind, ist schon zweifelhaft. Sie hierzu auf Grund der Treuepflicht für verpflichtet halten zu wollen, um einen notleidend gewordenen Gesellschaftsvertrag zu heilen, kann allenfalls im Einzelfall einmal möglich sein, wobei noch zu berücksichtigen ist, daß ein Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages nicht verpflichtet ist, vgl. § 707 BGB.

Darüber hinaus ist zu bedenken, daß entgegen der gemeinhin vertretenen Meinung, die GmbH & Co. diene der Steuerleichterung für Klein- und Mittelbetriebe und auch für Großbetriebe mit vielen Gesellschaftern, diese sogar zu einer steuerlichen Mehrbelastung der Gesellschafter gegenüber einer reinen Personalhandelsgesellschaft führen kann ⁴⁾.

1) Buchwald, a.a.O. (vgl. auch Buchwald-Tiefenbacher S. 190, 198 Anm. 29), hält diese Lösung für so gut, daß er generell vorschlägt, daß die Gesellschafter in einer Anpassungsklausel im Gesellschaftsvertrage vereinbaren, daß eine GmbH & Co. KG notfalls von einem Schiedsgericht gebildet wird.

2) Plüm S. 162; auch Zielinski S. 41 ff., 45; Hesselmann S. 66.

3) Baumbach-Hueck, GmbHG, § 2 Anm. 3 c.

4) Hesselmann S. 70 m.w.N.; Wöhe, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Bd. II, S. 55 ff. mit ausführlicher Begründung.

Es ist weiter neben dem besonderen steuerrechtlichen aber auch der allgemeine Gesichtspunkt zu beachten, daß die Rechtsform für ein Unternehmen sich nach den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen der Gesellschafter im Einzelfall bestimmt ¹⁾. Trotz aller anerkannten Vorzüge der GmbH & Co. kann aber im Einzelfall gerade eine reine Personalhandels-gesellschaft von den Partnern des Gesellschaftsvertrages gewollt, eine GmbH & Co. dagegen unerwünscht sein.

Auch bleibt neben diesen mehr oder weniger pragmatischen Bedenken ein dogmatisches. Die Rechtsprechung des RG ²⁾, und ihm folgend auch die des BGH ³⁾, hat zwar die Vereinigung personalgesellschaftlicher und kapitalgesellschaftlicher Elemente in einer Gesellschaftsform nicht als Zustand angesehen, dem das Recht sich entgegenzustellen hätte. Angesichts der beträchtlichen Geburtswehen dieses Institutes ⁴⁾ muß es aber zu Zweifeln führen, die GmbH & Co. auch zur Heilung von Gesetzeslücken zu verwenden. Die Rechtsform der GmbH & Co. entspringt nicht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz oder Prinzip materieller Gerechtigkeit, welches im HGB als "immanenter Zweck- und Funktionsgedanke" irgendeinen Anhalt gefunden hätte ⁵⁾, sondern einem Kunstgriff der betriebswirtschaftlichen Praxis. Daß für die Schaffung "atypischer Gebilde" eine berechnete wirtschaftliche Notwendigkeit besteht, deren Anerkennung die Rechtsprechung sich nicht versagen darf ⁶⁾, sollte nicht dazu führen, daß der Richter die GmbH & Co. als rechtlichen Notbehelf in unser Rechtssystem einführt. Der Richter hat den Willen eines Gesetzes zu

1) Henze S. 72; Steiner S. 46, 53.

2) Bd. 105, 101 ff.

3) GmbH-Rundschau 1957, 41 m. Anm. Hesselmann S. 38.

4) Vgl. noch heute, Brodmann, GmbH Kommentar, Anm. 1 a zu § 13; J. v. Gierke S. 239, der sie als "groteske Verrenkung der KG" bezeichnet.

5) Dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 142.

6) Paulick S. 20.

konkretisieren, nicht aber im Gesetz nicht anklingende Zweckmäßigkeitserwägungen.

Man wird also eine Pflicht des Beklagten zu einer Umwandlung der Personalhandels-gesellschaft in eine Personenhandels-gesellschaft mit eingeschalteter juristischer Person nur bei Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen bejahen können.

5. Abschnitt

§ 12 Bedürfnis für die Bestellung eines Nichtgesellschafters zum ausschließlichen Vertreter der Gesellschaft

Da die bisherige Untersuchung keine brauchbare Lösung der Frage gebracht hat, wie die Gesellschaft generell trotz der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters erhalten werden kann, bedarf es einer Untersuchung der Frage, ob ein Nichtgesellschafter zum alleinigen Vertreter der Gesellschaft bestellt werden könnte.

Es ist zu beachten, daß eine durch die Entziehungsklage eintretende Vertreterlosigkeit der Gesellschaft hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht mit einer Vertreterlosigkeit, die durch Tod des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters eintritt, gleichgesetzt werden darf. Während das Gesetz an den Tod eines Gesellschafters die Rechtsfolge knüpft, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, ist es umgekehrt der Sinn und Zweck des § 127 HGB, daß durch die Entziehung der Vertretungsmacht die Mitgliedschaft des betroffenen Gesellschafters in der Gesellschaft nicht berührt wird, sondern fortbesteht und die Gesellschaft bestehen bleibt ¹⁾. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, nach einem Weg für die Erhaltung der Gesellschaft zu suchen.

Wenn die Gesellschafter einen Nichtgesellschafter zum Vertreter der Gesellschaft bestellen könnten, würde vermieden, daß

1) Weipert § 127 Anm. 8.

durch die Entziehung der Vertretungsmacht des Beklagten die Befugnisse der übrigen Gesellschafter eine Erweiterung erführen, die weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch § 127 HGB, der nur die Reduzierung der Befugnisse des Beklagten vorsieht, gedeckt würde.

Die Erwägung, daß die Gesellschaft unter Beibehaltung des ursprünglichen Mitgliederbestandes zu erhalten ist, ein Machtzuwachs der anderen Gesellschafter aber nicht möglich ist, muß zwangsläufig dazu führen, die Möglichkeit der ausschließlichen Vertretung durch einen Nichtgesellschafter zu untersuchen.

Die heute h.M. vertritt nun zwar bei den Personalhandelsgesellschaften den Grundsatz der sogenannten Selbstorganschaft. Dieser Grundsatz besagt, daß die Personalhandelsgesellschaft "durch sich selbst", d.h. durch einen oder mehrere Gesellschafter ohne Mitwirkung eines Dritten vertreten sein muß. Die Einschaltung eines Dritten zum alleinigen Vertreter hätte aber den Vorteil, daß die Gesellschaft erhalten werden könnte und eine dem Sinn und Zweck des § 127 HGB am nächsten kommende Lösung erzielt würde.

Es mag für einen Fremdvertreter gelegentlich zu den Schwierigkeiten kommen, wie sie sich aus der Abspaltung von Eigentum und Verwaltung ergeben. Das Verhältnis von Eigeninitiative und notwendigem Verantwortungsbewußtsein kann sich einseitig zugunsten des Fremdvertreters oder Eigentümers verschieben ¹⁾. Diesen Gesichtspunkt wird man sicherlich nicht übersehen können. Demgegenüber überwiegen aber die genannten Vorteile. An die Stelle des verklagten Gesellschafters tritt ein fachlich geeigneter neutraler Fremdverwalter, dessen Tätigkeit den Gesellschaftskonflikt beruhigen könnte und der imstande wäre, u.U. verlorenes Vertrauen der Kundschaft zurückzugewinnen. Vielfach würde es möglich sein, einen schon länger in der Firma tätigen befähigten Prokuristen für diese Aufgabe

1) Vgl. zur ähnlich liegenden Problematik bei der Testamentsvollstreckung Wiedemann S. 317.

zu gewinnen, so daß das Vertrauen der Arbeiter und Angestellten in die Geschäftsleitung erhalten bliebe.

Bejaht man die Notwendigkeit der Erhaltung der Gesellschaft unter Beibehaltung ihres jeweiligen Mitgliederbestandes und sieht man die rechtlichen und tatsächlichen Bedenken gegen eine Übertragung der Vertretungsmacht auf einen Mitgesellschafter, besteht das Bedürfnis, nicht nur vorübergehend, wie teilweise vorgeschlagen wird, sondern auf Dauer, d.h. bis die Gesellschafter sich freiwillig auf eine Neuregelung der Vertretungsbefugnis zu einigen vermögen, einen Nichtgesellschafter mit der Vertretungsmacht zu betrauen, um den Gesellschaftszweck zu erreichen.

Aus allem ergibt sich die Notwendigkeit der Beantwortung zweier Fragen. Ist die ausschließliche Vertretung durch einen Nichtgesellschafter zulässig? Besteht bejahendenfalls die Verpflichtung aller Gesellschafter einschließlich des Beklagten, einen Nichtgesellschafter zum alleinigen Vertreter der Gesellschaft zu bestellen?

6. Abschnitt: Zulässigkeit der ausschließlichen Vertretung einer Personalhandelsgesellschaft durch einen Nichtgesellschafter

Rechtsmethodisch kommen nun zwei Wege in Betracht: Entweder man erkennt den Grundsatz als richtig an, daß ein Dritter nicht zum alleinigen Vertreter der Gesellschaft bestellt werden kann und bemüht sich, den Beweis zu führen, daß um des Prinzips des § 127 HGB willen das materielle Recht eine alleinige Drittvertretung als Folge der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters zuließe, daß also der Bestandschutzgedanke des § 127 HGB gegenüber dem Grundsatz der Selbstorganschaft den Vorrang verdie-

ne ¹⁾. Oder aber man zweifelt zunächst überhaupt die zwingende Geltung dieses Grundsatzes an und prüft, ob es wirklich unmöglich ist, daß eine Personalhandelsgesellschaft, bei der alle vertretungsberechtigten Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind, weiterhin als Gesellschaft bestehen kann.

Nimmt man mit Wiedemann ²⁾ an, daß auch heute noch nicht die Rechtslage bezüglich des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung als derart geklärt angesehen werden kann, daß sich eine Auseinandersetzung mit dieser für das Gesellschaftsrecht wichtigen Frage von vornherein erübrigte, wird man nur den letzten Weg beschreiten können. Tatsächlich erscheint es unumgänglich, mit den verschiedenen Ansichten sich auseinanderzusetzen, sind die Begründungen doch zu verschieden und in sich widerspruchsvoll, als daß man das Verbot als überzeugend belegt ansehen könnte. Da über die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung große Unklarheit herrscht, bedarf es der Auslegung des Gesetzes, bevor man einer etwaigen Fortbildung des Rechtes durch Ausfüllung von Gesetzeslücken oder Herausbildung einer neuen Rechtsfigur, sei es durch Analogie oder durch richterliche Wertung, das Wort redete.

1. Unterabschnitt

§ 13 Entwicklung der Streitfrage in Literatur und Rechtsprechung

Die bekanntesten Fälle der älteren handelsrechtlichen Praxis zur Zeit des ADHGB, welche den Anlaß zur Prüfung der Frage

1) So z.B. Reiff NJW 64 S. 1942; "Es stehen sich also zwei Prinzipien des Gesellschaftsrechts gegenüber: einerseits der Grundsatz organschaftlicher Selbstvertretung; andererseits das notwendige Vorhandensein eines vertretungsberechtigten Gesellschafters"; vgl. auch Müller, a.a.O., der bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Drittorganschaft als Ausweg zulassen will; ferner Könige JW 23, 214.

2) S. 372.

der Zulässigkeit des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht führten, sind die folgenden ¹⁾.

1. Im Jahre 1861 verstarb der Eigentümer des Verlages und der Druckerei der Kölnischen Zeitung Joseph Du Mont. Erben waren zwei verheiratete Töchter und ein minderjähriger Sohn erster Ehe, eine Witwe zweiter Ehe und mehrere der letzten Ehe entsprossene minderjährige Kinder. Keiner der Erben, auch nicht die Schwiegersöhne, waren in der Lage, die Führung des Geschäftes zu übernehmen. Man gründete deshalb eine nach den Bestimmungen des ADHGB zulässige OHG. Die Vertretung wurde lediglich einem zum Prokuristen bestellten Kaufmann S. übertragen, der Nichtgesellschafter war. Das Handelsgericht Köln lehnte die Eintragung dieser Gesellschaft in das Handelsregister ab. Seiner Meinung nach war die getroffene Regelung der Vertretung unzulässig. Ein Instanzgericht brauchte sich der Frage nicht mehr anzunehmen, weil man den Kaufmann S. als Teilhaber in die Firma aufnahm und ihm wie der Witwe Du Mont das Recht erteilt wurde, die Firma zu zeichnen.

2. Den anderen Fall bildet die vom Kreisgericht zu Dortmund im Jahre 1862 für zulässig erklärte Eintragung der Handelsgesellschaft Ruppel, Kramer und Komp. Die entsprechende Bekanntmachung lautete: "Alle Gesellschafter verzichten auf die eigene Zeichnung der Firma und erteilen dem Gesellschafter Ruppel, dem Direktor Sachsenröder und dem Geschäftsführer Segma Kollektivprokura in der Weise, daß mindestens zwei derselben gemeinschaftlich die Firma per Prokura gültig zeichnen".

Bis zum Jahre 1904 war die Zahl der Vertreter im Schrifttum, welche den vertraglichen Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht für zulässig erachteten, weit größer als die, welche den Ausschluß aller Gesellschafter von der

1) Zitiert bei Bacmeister ZHR 55, 417.

Vertretungsmacht für unzulässig hielten ¹⁾.

Die Begründung der damals h.M. war wenig ausführlich und gründlich. Man beließ es mehr oder weniger bei der Behauptung, daß dem Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung keine Bedenken zukämen. Diejenigen, die den Versuch einer Begründung machten, stützten sich nur auf formale Argumente, die an den Wortlaut des Art. 86 Nr. 4 ADHGB anknüpften. Z.B. lasse sich dem Wortlaut des Art. 86 Nr. 4 ADHGB eindeutig entnehmen, daß es zulässig sei, einem oder mehreren Gesellschaftern die Vertretungsmacht zu entziehen ²⁾. Wenn es statthaft sei, einem Gesellschafter die Vertretungsmacht zu entziehen, müsse es auch möglich sein, allen Gesellschaftern die Vertretungsmacht zu nehmen. Die Fassung des Artikels 86 Nr. 4 ADHGB sei jedenfalls nicht gewählt worden, weil der Gesetzgeber der Ansicht gewesen sei, einer von den Gesellschaftern müsse die Gesellschaft vertreten ³⁾. Eher lasse sich die Nichterwähnung des Falles eines Ausschlusses sämtlicher Gesellschafter von der Vertretungsmacht so erklären, daß man bei Abfassung der entsprechenden Bestimmung nicht daran gedacht oder aber eine besondere Hervorhebung nicht für erforderlich gehalten habe ⁴⁾.

1) Bacmeister ZHR 55, 419 Fn. 1; Keyßner Anm. 9 zu Art. 86 ADHGB; Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, S. 76; Könige DR 1903, 234; Lesse Deutsche Gerichtszeitung 1862, 180; Renaud S. 358; Auerbach, Gesellschaftswesen, 1861, S. 25; von Hahn § 7 zu Art. 115; Lehmann-Ring Nr. 8 zu § 125; ROHG 13, 73; OLG Stuttgart Goldschmidts Zeitung 42, 527; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 598 ... "dagegen kann allerdings durch den Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht einem oder mehreren oder allen Gesellschaftern gänzlich entzogen werden"; Könige-Teichmann § 125 Anm. 3; a.A. Staub, 7. Aufl., Bd. I, S. 401.

2) Art. 86 Nr. 4 ADHGB besagte: "Die Anmeldung zum Register muß enthalten ... Nr. 4: im Falle vereinbart ist, daß einer oder einige der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten sollen, die Angabe, welcher oder welche dazu bestimmt sind und ob das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll". Ferner heißt es im Art. 115 ADHGB: "Die Gesellschaft wird durch Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters nicht verpflichtet, wenn derselbe von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen ist".

3) Anschütz-Völklenderdorff S. 89.

4) Lesse S. 180.

Grundsätzlich bei der Beurteilung der Streitfrage, so wurde gesagt, sei aber davon auszugehen, daß diejenige Auslegung des Gesetzes den Vorzug verdiene, welche der Entwicklung des Handels und der Erhaltung und Förderung der Handelsgesellschaften am günstigsten sei ¹⁾. Da es Fälle geben könne, in welchen keiner der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten könne, sei es wegen Abwesenheit aller vom Sitz der Gesellschaft, sei es wegen Krankheit oder ähnlichem, müsse der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht zulässig sein.

Die h.M. legte nun die Vereinbarung, daß keiner der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten könne, so aus, daß zwar kein Gesellschafter für sich allein das Recht zur Vertretung habe, daß aber eine solche Vereinbarung nicht zu verhindern vermöge, daß die Gemeinschaft der Gesellschafter in einem solchen Falle die Vertretung der Gesellschaft darstellen könne ²⁾. Unterschiedlicher Auffassung war man nur, ob das als Folge einer Ausschließung entstehende Rechtsverhältnis von vornherein eine Gesamtvertretungsmacht sei ³⁾ oder ob, da die Gemeinschaft der Gesellschafter die Befugnis behielte, über das Gesellschaftsvermögen kollektiv zu verfügen ⁴⁾, die ursprüngliche Vereinbarung jeweils aufgehoben und an deren Stelle Gesamtvertretung aller Gesellschafter konkludent vereinbart würde ⁵⁾. Zur Vertretung der Gesellschaft sah man übereinstimmend einen Prokuristen als ausreichend an, dessen Prokura durch entsprechende Vollmachten genügend erweitert werden könne, um allen Anforderungen des Geschäftsverkehrs gerecht zu werden ⁶⁾. Schon der "Laienverstand" sage ⁷⁾, daß es nötig

1) Anschütz-Völlderndorff S. 88.

2) Anschütz-Völlderndorff a.a.O.; Weinhausen S. 153.

3) So etwa Weinhausen S. 153.

4) Z.B. bei der Bestellung der Prokuristen.

5) Vgl. Gorski S. 154.

6) Gorski a.a.O.

7) Weinhausen S. 152; vgl. auch Lesse a.a.O.; von Hahn a.a.O.; Markower Bem. V B zu § 125.

sein könne, daß man die Vertretung ausschließlich einem Prokuristen allein überlassen könne, insbesondere im Fall der Vererbung eines Handelsgeschäftes auf Personen, welche zur Führung des Unternehmens nicht geeignet seien. Auch die durch eine Auflösung möglicherweise entstehenden erheblichen Vermögenseinbußen für die Beteiligten wollte man auf diese Art und Weise verhindern ¹⁾.

Dieser zur Zeit des ADHGB und auch für die erste Zeit nach Inkrafttreten des HGB herrschenden Auffassung ist im Jahre 1904 Bacmeister ²⁾ entschieden und mit ausführlicher Begründung entgegengetreten. Der mögliche Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung sei eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß alle Gesellschafter allein berechtigt wären, die Gesellschaft zu vertreten. Ausnahmen begrenze der Gesetzgeber aber immer eng. Es sei deshalb nicht einzusehen, daß der Gesetzgeber ein ausdrückliches Verbot der Vereinbarung des Ausschlusses sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung habe aussprechen müssen. Der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung und die Übertragung der Vertretungsmacht auf einen Prokuristen bedeute tatsächlich nichts anderes als eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Gesellschafter zugunsten des Prokuristen, welche aber im Art. 116 ADHGB (heute § 126 Abs. 2 HGB) für unzulässig erklärt sei. Die Verabredung einer Gesamtvertretung sei etwas völlig anderes als der Ausschluß aller Gesellschafter von jeglicher Vertretung. Aus Art. 116 ADHGB, wonach die Vertretungsmacht eines Gesellschafters Dritten gegenüber unbeschränkbar sei, ergäbe sich, daß das Gesetz wenigstens einen Gesellschafter mit Vertretungsmacht als erforderlichlich ansehe.

Die ursprünglich h.M. hatte durch die Kritik Bacmeisters an Boden verloren. Die Dissertationen von Leyser ³⁾ und Wilker ⁴⁾

1) Renaud a.a.O. S. 359.

2) ZHR 55, 417 ff.

3) S. 45 ff.

4) S. 23 ff..

schlossen sich Bacmeisters Meinung mit dem Hinweis an, die Gesellschafter dürften sich nicht von dem Willen eines Dritten beliebig abhängig machen. Die Stellung eines Prokuristen sei nicht geeignet, die Stellung eines Geschäftsherrn in vollem Umfange einzunehmen, zumal die Bestellung und Entziehung der Prokura ein Akt der Vertretung sei. Auch Wieland ¹⁾, Bergmann ²⁾, Könige ³⁾, Groschuff ⁴⁾ und Düringer-Hachenburg ⁵⁾ folgten den Argumenten Bacmeisters während andere ⁶⁾ sich den Argumenten Bacmeisters gegenüber unbeeindruckt zeigten.

Es fällt auf, daß zunächst nicht die Frage einer "Drittor-ganschaft" aufgeworfen wurde, d.h. ob die Vertretungsmacht nach § 125 HGB von der Person eines Gesellschafters abgespalten werden könne, sondern daß eine Vertretung durch Dritte nur im Zusammenhang mit einer möglichst weitgehenden Bevoll-mächtigung erörtert wurde ⁷⁾.

Meist ⁸⁾ wurde argumentiert, die Vollmacht eines Prokuristen beziehe sich auf alle Rechtshandlungen und Geschäfte, welche der Betrieb "irgendeines" Handelsgewerbes überhaupt mit sich bringen könne, mit Ausnahme der Verfügungen über Grundstücke. Der Prokurist könne aber auch zur Verfügung über Grundstücke ermächtigt werden, so daß dem Verkehr damit gedient sei.

Soweit ersichtlich, hat dann erstmals Wieland ⁹⁾ im Jahre 1921

1) S. 585.

2) ZAKDR 37, 763.

3) JW 23, 214.

4) JW 39, 425.

5) § 125 Anm. 4.

6) Schwarz 125 Anm. 2; Brand § 125 Anm. 2 c; Goldmann § 125 Anm. 11; Lehmann-Ring § 125 Anm. 6; Markower a.a.O.; Karl Lehmann, Handelsrecht, S. 313 Fn. 5; derselbe ZHR 74, 462.

7) So Bacmeister, Staub, Gorski, Renaud.

8) Höniger Recht 03, S. 234; Brand § 125 Anm. 2 c; Markower § 125 Anm. V b.

9) S. 568 und § 38 III.

klar ausgesprochen, daß die Vertretungsmacht im "technischen Sinne" nur den Gesellschaftern zustehe und die Vertretungsmacht eines Prokuristen nicht ohne weiteres ein Ersatz für die des Gesellschafters sein könne. Seiner Meinung nach müssen individualistische Gesellschaften oder Personalgesellschaften, deren Mitgliedern die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis grundsätzlich als solchen zustehe (Selbstorganschaft), den kollektivistischen Gesellschaften, bei denen den Mitgliedern als solchen die Geschäftsführung grundsätzlich nicht zustehe (Drittorganschaft), gegenübergestellt werden. Geschäftsführung und Vertretung bei den individualistischen Gesellschaften ständen den Gesellschaftern kraft Gesellschaftsvertrages zu. Sie bildeten sogar den Inhalt der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten und seien nicht übertragbar.

Das OLG München ist in einer vielzitierten Entscheidung dann für die Drittorganschaft eingetreten ¹⁾. Im Gegensatz zur Meinung von Weinhagen, Renaud, Gorski u.a.m. hält es zwar ebenfalls die ausschließliche Vertretung der Gesellschaft durch einen Bevollmächtigten für unzulässig. Zulässig aber sei es, daß die den Gesellschaftern zustehende Vertretungsmacht auch durch Dritte ausgeübt werden könne, so daß auch dem Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung keine Bedenken entgegenstünden. Es führt in diesem Zusammenhang aus, daß die Vertretung der Gesellschaft gemäß § 125 HGB auf der Verfassung der Gesellschaft beruhe. Ein Prokurist habe nur ein beschränkteres Vertretungsrecht als das Organ. Daß die handelsrechtlichen Gesellschaften im Gegensatz zu den bürgerlichrechtlichen Gesellschaften ein verfassungsmäßiges Vertretungsorgan haben müßten, ergäbe sich daraus, daß die Vertreter jener nur die anderen Gesellschafter verträten (§§ 714, 715 i.V.m. § 710 BGB), während bei der OHG und KG eine Vertretung der Gesellschaft vorgesehen sei. Das HGB bestimme aber - im Gegensatz etwa zu § 9 Abs. 2 Genossenschaftsgesetz - nicht, daß dieses

1) ZAKDR 37, 760; zunächst auch das KG in OLG 42, 214.

Organ ein Gesellschafter sein müsse. Gewiß seien die persönlich haftenden Gesellschafter geborene Vertreter der Gesellschaft, ob es aber statt ihrer nicht auch künstliche, d.h. erst durch die Verfassung berufene Vertretungsorgane geben könne, sei vom Gesetz nicht entschieden. Da die Zulassung der organschaftlichen Vertretungsmacht zudem einem dringenden Bedürfnis entspreche, dann z.B., wenn der einzige zur Vertretung berechnigte Gesellschafter auch der einzige zur Vertretung befähigte sei, sei eine Drittorganschaft unter Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht zuzulassen.

In einer ablehnenden Anmerkung zu dieser Entscheidung des OLG München weist Bergmann ¹⁾ darauf hin, daß während der Liquidation (146 HGB) die Gesellschaft von einem Nichtgesellschafter vertreten werden könne. Es sei dem OLG München zuzugeben, daß dem Wesen der Personalgesellschaft eine Vertretung durch Nichtgesellschafter nicht widerspreche. Während aber bei der Kapitalgesellschaft Kapital und Arbeit auseinanderfielen, sei dies grundsätzlich bei Personalgesellschaften nicht der Fall. Die "Eigenverantwortung der Unternehmen" ²⁾ müsse als ein "Wesenszug" der Personalgesellschaften empfunden werden. Eine Vertretung durch Nichtgesellschafter sei unzulässig, weil Eigenverantwortung nicht nur unbeschränkte Haftung, sondern auch persönlicher Einsatz und moralisches Geradestehen bedeute.

Auch das KG ³⁾ hob seine zunächst gegenteilige Ansicht in einer sorgfältig begründeten Entscheidung auf. Im Gegensatz zur Ansicht des OLG München meint es, die Zulassung Dritter zur Vertretung habe der Hervorhebung durch den Gesetzgeber bedurft. Das Unterlassen des Gesetzgebers sei einem Verbot gleichzusetzen.

Rückschauend betrachtet hat das OLG München der Ansicht, die eine ausschließliche Vertretung der Personalhandelsgesell-

1) ZAKDR 37, 763.

2) Hervorgehoben im Vorspruch zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. 7. 1934, RGBI I, 569.

3) KG JW 39, 424, mit zustimmender Anm. von Groschuff.

schaft durch Dritte für zulässig hält, einen schlechten Dienst erwiesen. Es hat die bis dahin noch kleine Mindermeinung, die eine Vertretung der Gesellschaft nur durch Prokuristen für unzulässig hielt, gestärkt und zugleich durch sein entschiedenes Eintreten für die Drittorganschaft der Gegenseite Anhaltspunkte und Argumente geliefert, die diese dazu benutzte, gegen die Drittorganschaft nunmehr wie gegen den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung gleichermaßen vorzugehen.

Vom Jahre 1939 an wurde dann die Frage der Vertretung von Personalhandelsgesellschaften ausschließlich durch Dritte fast nur noch unter dem Gesichtspunkt der "Selbst- und Drittorganschaft" behandelt ¹⁾.

Man war sich weitgehend darüber einig geworden, daß auch bei der OHG und KG die Möglichkeit organschaftlicher Vertretung gegeben sein müsse. Diese könnte der Struktur dieser Verbände zufolge nur durch Gesellschafter ausgeübt werden ²⁾. Gegen eine Drittorganschaft unter Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung gab es neue - zum Teil sehr verschiedene - Argumente. So meint H. Lehmann ³⁾, durch die Bestellung eines Dritten würde die OHG einer Körperschaft gleichgestellt, während ihre Vorschriften auf dem persönlichen Einsatz der Gesellschafter aufgebaut seien. Eine Preisgabe des Personalgesellschaftsprinzips sei zu befürchten ⁴⁾. Schlegelberger

1) Würdinger, Arbeitsbericht, S. 49; Hueck S. 203; Schlegelberger 125 Anm. 11; Weipert § 125 Anm. 4; Heins NJW 48, 254; Müller NJW 55, 1909; BGH 33, 108; 26, 333; anders etwa Eich NJW 65, 240.

2) Schlegelberger § 125 Anm. 22; Baumbach-Duden § 125 Anm. 6; praktische Bedeutung kommt dabei vielfach der verwandten Frage zu, ob die sogenannte unechte Gesamtvertretung gem. § 125 Abs. 3 HGB dazu führen könne, daß in einer Personalhandelsgesellschaft eine Vertretung nur unter Mitwirkung eines Prokuristen möglich sei. Diese Frage wurde unter Hinweis darauf, daß eine Vertretung der Gesellschaft durch Gesellschafter allein stets möglich sein müsse, fast allgemein verneint, vgl. die hier Genannten.

3) Handelsgesellschaftsrecht § 20 II 1 b.

4) Vgl. auch Würdinger a.a.O. S. 49; Haupt-Reinhardt § 14 II 1.

vertritt im Anschluß an Bergmann die Ansicht, gegen einen Ausschluß aller persönlich haftenden Gesellschafter von der Vertretung spreche eine moralische Pflicht zum Geradestehen für das Auftreten der Gesellschaft ¹⁾. Paulick ²⁾ und J. v. Gierke ³⁾ sehen Bedenken in erster Linie in einer unzulässigen Typenvermischung, die einem Ordnungsprinzip widerspreche. Hueck ⁴⁾ und ähnlich Fischer ⁵⁾ sprechen sich gegen eine Drittorganschaft aus, weil ein Auftreten eines Nichtgesellschafters als Organ der OHG nur Verwirrung stiften würde, denn der Verkehr rechne damit, daß der für die OHG Handelnde auch unbeschränkt hafte. Buchwald meint ⁶⁾, der persönliche Kredit der Personalhandelsgesellschaften gegenüber Dritten beruhe auf der Gewißheit, daß der Handelnde auch voll hafte. Der BGH ⁷⁾ schließlich übernimmt den Grundsatz, daß die gesetzliche (organschaftliche) Vertretungsmacht bei Personalhandelsgesellschaften nur einem Gesellschafter zustehen könne und deshalb ein Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung unzulässig sei, ohne dafür eine Begründung zu geben.

Jüngst hat Wiedemann, wenn auch mit einer völlig neuen Begründung, diesen Grundsatz bestätigt ⁸⁾. Er erklärt, alle herkömmlichen Begründungen seien zwar nicht zwingend, soweit sie von der Verbindung Mitgliedschaft und Verantwortung ausgingen oder von der Urvertretbarkeit der Organstellung. Ein Verbot der Drittorganschaft ergäbe sich aber daraus, daß das

1) § 125 Anm. 11; vgl. auch Weipert § 125 Anm. 4; und Bergmann a.a.O.

2) Eingetragene Genossenschaft, S. 84.

3) S. 207.

4) S. 201.

5) NJW 59, 1061.

6) BB 61, 1342.

7) Bd. 33, 105 ff.; 26, 333.

8) S. 373.

HGB eine Organisationsform anbiete, "in dem die Bestellung, Abberufung und Auswahl, also die Kontrolle der Gesellschaftsorgane durch die Verbindung zur Mitgliedschaft geregelt ist". Eine andere Organisation sei wohl denkbar, sie müßte indessen von der Rechtsprechung erst geschaffen werden. Für eine derartige Entwicklung bestehe aber kein wirtschaftliches Bedürfnis, da die Gesellschafter in eine andere Rechtsform ausweichen könnten.

Erwähnung verdient aber auch ein Vorschlag von Müller ¹⁾, der eine Ausnahme von dem Prinzip der strikten Durchführung der Selbstorganschaft dann machen will, wenn z.B. zur Übernahme der Leitung des Geschäftes kein geeigneter Personalhandelsgesellschafter da ist, die Auflösung aber einen großen Substanzverlust bedeuten würde und der ursprünglich alleinvertretungsberechtigte Gesellschafter durch sein bewiesenes Verhalten als nicht mehr tragbar für die Leitung des Geschäftes anzusehen sei. Das Vorliegen eines "wichtigen Grundes" rechtfertige, Drittorgane bei der Personalgesellschaft zuzulassen.

In einer Dissertation hat Schröder ²⁾ jüngst für die kapitalistische KG untersucht, ob der Ausschluß aller Komplementäre von der Vertretung der KG möglich sei. Er schließt sich der Entscheidung des OLG München an, wonach im Gesetz gegen die gesellschaftsvertragliche Berufung eines Nichtgesellschafters nichts spreche. Er greift einen Ausspruch von Würdinger auf ³⁾, der meint, der Weg des OLG München führe zu einer bisher unbekannten Entwicklung im Recht der Personalhandelsgesellschaften ⁴⁾. Schröder vertritt den Standpunkt, daß es keinen Grund dafür gebe, eine solche Entwicklung unter Berufung auf den Grundsatz der Selbstorganschaft zu hemmen.

Die hier angegebenen Stellungnahmen des Schrifttums vermögen insgesamt zu zeigen, daß die Frage, ob eine Personalhandels-

1) NJW 55, 1909.

2) S. 32.

3) Würdinger I S. 45.

4) Schröder a.a.O.

gesellschaft durch Dritte ausschließlich vertreten werden kann, nicht neu ist. Auch wenn es richtig sein mag, daß dieses Problem zu den ältesten Streitfragen des Personalhandelsgesellschaftsrechtes überhaupt zählt ¹⁾, hat die Diskussion zu keinem hier ohne weiteres zu übernehmenden Ergebnis geführt. Die Frage ist noch nicht abschließend mit überzeugenden Gründen, zumal im Hinblick auf die sich nach der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters ergebende Rechtslage, erörtert und geklärt ²⁾.

2. Unterabschnitt: Ausschließliche Vertretung durch ein Drittorgan

Zunächst sei der Frage nachgegangen, ob die Vertretungsmacht eines Gesellschafters, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages einer bestimmten Person zugewiesen wird, einem Nichtgesellschafter überhaupt übertragen werden kann. Wenn sich nämlich ergäbe, daß diese Vertretungsmacht zwingend an die Person der Gesellschafter gebunden wäre, also auf Nichtgesellschafter nicht übertragbar, müßte eine ausschließliche Drittorganschaft abgelehnt werden, ohne daß es einer Stellungnahme zu der Frage des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung an sich bedürfte.

Um diese Frage entscheiden zu können, bedarf es eines Eingehens auf den Rechtscharakter dieser Vertretungsmacht und auf ihre Unterscheidung von der rechtsgeschäftlichen Vollmacht wie der Prokura oder auch der Generalvollmacht.

§ 14 Einordnung der "organschaftlichen" Vertretungsmacht bei Personalhandelsgesellschaften

Im Schrifttum ³⁾ ist sehr strittig, welcher Rechtscharakter der gesellschaftlichen Vertretungsmacht gem. § 125 HGB zu-

1) Bergmann a.a.O.

2) Buchwald DB 57, 109; Wiedemann S. 372.

3) Schlegelberger § 125 Anm. 2 m.w. Literaturangaben.

kommt ¹⁾. Zum Teil wird sie als Bevollmächtigung ²⁾ angesehen, zum Teil aber auch als gesetzliche Vertretung ³⁾. Nach heute wohl herrschender Auffassung hat der vertretungsbe-rechtigte Gesellschafter aber die Stellung eines verfassungsmäßigen Organs der Gesellschaft ⁴⁾.

-
- 1) Bei den Beratungen des ADHGB (1857) hatte man den heutigen Unterschied zwischen Geschäftsführung und Vertretung noch nicht erkannt (vgl. Protokolle S. 204, 214, 215, 1005-1007). Teilweise war man zwar der Meinung, daß die Vertretungsmacht die äußere und Geschäftsführungsbefugnis die innere Seite der Verwaltung der Geschäfte der Gesellschaft sei, man sah diese beiden Begriffe aber als Einheit an mit der Folge, daß derjenige, der zur Geschäftsführung befugt sei, auch zur Vertretung der Gesellschaft müsse berechtigt sein (Gorski S. 5). Die meisten sprachen bald von Geschäftsführung, bald von Vertretung, ohne einen systematischen Unterschied zu machen (man verwendete die Begriffe auch in Kommentaren und Monographien durchaus übereinstimmend, vgl. Weinhausen a.a.O. 149; Auerbach, Gesellschaftswesen, S. 28, 3437; vgl. Gorski, der dies aufzeigt, S. 6, 7).

Laband (Goldschmidts Zeitschrift Bd. 14, 642) machte wohl als erster zwischen beiden Begriffen die Unterscheidung, die heute gebräuchlich ist und auch in das HGB Eingang gefunden hat. Vertretungsmacht ist hiernach das Recht zur Betätigung durch Rechtsgeschäft gegenüber Dritten im Gegensatz zur Geschäftsführung, die die Verwaltung im Verhältnis der Gesellschaft untereinander zum Gegenstand hat. Daraus folgt nicht, daß die Tätigkeit für die Gesellschaft zwangsläufig aufzuteilen wäre in solche, die zur Geschäftsführung und solche, die zur Vertretung gehörten. Es kann vielmehr durchaus so sein, daß eine bestimmte Handlung zugleich Geschäftsführung und Vertretung ist (Wieland S. 566). Es kommt, wie Hueck (S. 84) richtig sagt, darauf an, von welchem Gesichtspunkt aus die Tätigkeit betrachtet wird. Vom Innenverhältnis her gesehen kann eine Handlung Geschäftsführung, vom Außenverhältnis her gesehen Vertretung sein. Westermann, Handbuch, Rz. 190, weist darauf hin, daß die scharfe begriffliche Trennung "den Blick für die funktionelle Einheit nicht versperren" dürfe, da es sich bei beiden um Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks handle.

- 2) Ritter § 125 Anm. 3; Düringer-Hachenburg § 125 Anm. 2.

- 3) Wieland 1; Korrman Gruchot 57, 504 ff.

- 4) Vgl. Hueck S. 200; Hueck gibt dem § 20 I seines Lehrbuches die Überschrift "Wesen, der organschaftlichen Vertretung"; Hellwig S. 274; Schlegelberger, Weipert u.a.m.

Die Vertretungsmacht des Gesellschafters gem. § 125 HGB als reine Bevollmächtigung anzusehen, erscheint nicht gerechtfertigt. Gem. § 125 Abs. 1 HGB entsteht die Vertretungsmacht unabhängig von dem Willen der Gesellschafter, wenn keine abweichende Vereinbarung getroffen ist. Umgekehrt bedarf es einer Willensübereinstimmung, wenn ein Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen werden soll. Der Gesellschafter mit Vertretungsmacht verdankt seine Stellung also nicht dem Willen und Auftrag seiner Mitgesellschafter, sondern sie ergibt sich aus seiner Stellung als Vertragspartner. Es bedarf also für die Vertretung keiner besonderen Vollmachtserteilung, da sie die normale gesetzliche Wirkung eines wirksam abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages ist. Von daher wird verständlich, den vertretungsberechtigten Gesellschafter als "geborenen" Vertreter der Gesellschaft zu bezeichnen, der im Gegensatz zu dem "gekorenen" rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter nicht durch eine Vollmacht gekürt zu werden braucht ¹⁾.

Im Gegensatz zu der Bevollmächtigung ist auch der Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter gesetzlich umschrieben. Die Gesellschafter sind nicht imstande, den Umfang der Vertretungsmacht gegenüber Dritten einzuschränken, § 126 Abs. 2, 1. Halbs. HGB.

Darüber hinaus hat die Vertretungsmacht der Gesellschafter z.B. für den Fall, daß mehrere Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen sind, auch Merkmale einer verdrängenden, die Zuständigkeit der Vollmachtgeber ausschließenden Vollmacht, was bei einer Bevollmächtigung nach dem BGB nicht möglich ist. Dies schließt die Annahme einer durch Rechtsgeschäft erteilten Bevollmächtigung aus.

Die Vertretungsmacht eines Gesellschafters kann mithin nicht als reine Bevollmächtigung angesehen werden.

Es liegt angesichts der mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages sich aus dem Gesetz ergebenden Vertretungsmacht der Ge-

1) Staub § 126 Anm. 3.

sellschafter nahe zu sagen, die Vertretungsmacht bei Personalhandelsgesellschaften sei eine gesetzliche ¹⁾. Der Gründungsvertrag sei ähnlich wie etwa bei der Eheschließung für die Schlüsselgewalt nur Voraussetzung für das Eingreifen des Gesetzes ²⁾.

Man darf jedoch nicht übersehen, daß es Schwierigkeiten bereitet, unter die gesetzliche Vertretungsmacht die Vertretungsmacht des Personalhandelsgesellschafters einzuordnen. Bei einer gesetzlichen Vertretung sind nämlich die Vertretenen meist vom Privatrechtsverkehr ausgeschlossene Personen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen zu handeln nicht in der Lage sind ³⁾. Der gesetzliche Vertreter soll das Problem lösen, wie für den vom Privatrechtsverkehr ausgeschlossenen Pflichtunfähigen zu sorgen ist ⁴⁾. Zwar können andere Erwägungen auch zu einer Vertretung kraft Gesetzes führen, wie z.B. die Vertretungsmacht der Ehefrau im Rahmen der Schlüsselgewalt ⁵⁾. Da aber die Vertretungsmacht der Gesellschafter eher eine Folge der für eine Bevollmächtigung typischen Selbstbestimmung des Individuums ist als ein Akt "der Fremdbestimmung" ⁶⁾, ist es kaum möglich, von einer gesetzlichen Vertretungsmacht zu sprechen. Die Vertretungsmacht tritt nämlich nicht kraft zwingenden Rechtes ein, sondern unterliegt der Parteidisposition, da die Gesellschafter den Ausschluß einzelner von der Vertretung oder auch eine Gesamtvertretungsmacht vereinbaren können.

Das ist anders bei den juristischen Personen. Bei diesen sind die Willensorgane, die für diese handeln, auf Grund zwingender gesetzlicher Zuständigkeitsverteilung erforderlich ⁷⁾. Der

1) Vgl. etwa Wieland S. 583.

2) Biermann S. 105.

3) Müller-Freienfels S. 51.

4) Müller-Freienfels S. 52, 343; vgl. auch Wolff II S. 299.

5) Zur zweifelhaften Frage, ob die Schlüsselgewalt überhaupt gesetzliche Vertretungsmacht ist, Gernhuber § 19 III.

6) Müller-Freienfels a.a.O.

7) Enneccerus-Nipperdey S. 1106.

Vorstand hat, wie es im Gesetz heißt, bei diesen die "Stellung eines gesetzlichen Vertreters", vgl. §§ 26 Abs. 2, 86 BGB. Schließt man sich aber mit der heute h.M. der Ansicht an, daß die Personalhandelsgesellschaften keine juristischen Personen sind ¹⁾, ist es schon aus diesem Grunde untunlich, von einer gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft zu sprechen, denn die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten streng genommen die Gesellschafter, wenn auch nicht als voneinander unabhängige Einzelpersonen, sondern als geschlossene Gemeinschaft.

Die Vertretungsmacht nach § 125 HGB kann also auch nicht als gesetzliche Vertretungsmacht angesehen werden.

Man spricht heute wohl wirklich am besten von der "organartigen" Vertretungsmacht der Gesellschafter bei der OHG und KG ²⁾.

Unter Organen versteht man Personen, die auf Grund der Organisationsbestimmungen eines Verbandes kraft ihrer Stellung berechtigt sind, rechtsverbindlich für die Organisation zu handeln ³⁾. Zwischen dem Organ und einem rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter besteht der Unterschied, daß diesem die Vertretungsmacht nicht auf Grund eines Rechtsgeschäftes zusteht, sondern infolge seiner Berufung zum Organ ⁴⁾. Ob ein weiterer grundsätzlicher Unterschied zwischen beiden besteht, ist nach wie vor umstritten ⁵⁾. Mit Staudinger dürfte man aber wohl richtig verfahren, wenn man dem Meinungsstreit keine große praktische Bedeutung zumißt und lediglich dem Zurechnungsproblem Beachtung schenkt ⁶⁾.

1) Westermann, Handbuch, Rz. 48, 336, 788.

2) Vgl. Hueck a.a.O.; Weipert § 125 Anm. 7; Schlegelberger § 125 Anm. 2; Wolff II S. 298; Imig a.a.O.; Wieland S. 584; Hellwig S. 224; BGH 26, 33.

3) Staudinger vor § 164 Anm. 50 ff.

4) Staudinger a.a.O.

5) Verneinend Schloßmann Jherings Jahrbuch 44, 289; bejahend Enneccerus-Nipperdey § 104 IV 2; Gierke, Privatrecht, S. 472; Laband AcP 73, 18 ff.

6) Staudinger, Einleitung 20 vor § 21; Anwendbarkeit des § 31 BGB.

Die Vertretung der Personalhandels-gesellschaft zeigt nun Merkmale einer echten organschaftlichen Vertretung juristischer Personen: Die Gesellschafter vertreten nicht wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Gesellschafter, vgl. § 714 BGB, sondern die Gesellschaft, wie sich aus dem Wortlaut des § 125 Abs. 1 HGB ergibt. Man kann deshalb sagen, daß auch die Vertretungsmacht der Gesellschafter wie die sonstiger Organe in einer bestimmten Organisation wurzelt ¹⁾. Das Verhältnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter zur Gesellschaft ist nicht nur ein individualrechtliches wie zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bei der Stellvertretung, sondern ein "organisations-ähnliches", bei welchem die Zuständigkeiten durch die Organisation, die auf Gesetz oder Gesellschaftsvertrag beruht, festgelegt werden ²⁾.

Aus der Bezeichnung "organartig" darf jedoch nicht die rechtliche Folgerung gezogen werden, daß die "organartige" Vertretung das notwendige rechtstechnische Mittel zur Gewährleistung der Handlungsfähigkeit von OHG und KG ist. Der organartige Vertreter der Personalhandels-gesellschaft handelt nicht wie das Organ der juristischen Person mit ausschließlicher Fremdwirkung. Er handelt vielmehr zugleich als Vertreter und als Prinzipal, also auch im eigenen Namen ³⁾. Selbst wer der Gesellschaft die Fähigkeit zuspricht, als selbständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, kann nicht verhehlen, daß die materiellen Wirkungen der Rechtshandlungen der Organe auch die Gesellschafter treffen. Auch wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter die geschlossene Gemeinschaft der Gesellschafter vertritt und beim Auftreten nach außen der Einheitsgedanke ⁴⁾ überwiegt, so daß eine Annäherung an die juristische Person gegeben ist, bleibt

1) Wolff II S. 295.

2) Wolff II a.a.O.

3) RG 74, 299; Düringer-Hachenburg § 125 Anm. 2; Westermann, Handbuch, Rz. 192.

4) Westermann, Handbuch, Rz. 49; Hueck S. 201 Fn. 2.

der Unterschied, daß die Personengesamtheit "als Ganzes durch einen Teil" ¹⁾ und nicht wie bei einer juristischen Person die Gesamtheit der Mitglieder durch ein von außen angefügtes Werkzeug berechtigt und verpflichtet wird.

Mit der h.M. wird die Vertretungsmacht nach § 125 HGB also als "organartig" zu bezeichnen sein, obwohl sich nicht leugnen läßt, daß gegenüber der echten organschaftlichen Vertretungsmacht Unterschiede bestehen.

§ 15 Bedenken gegen eine Drittorganschaft im Hinblick auf
§ 170 HGB

Es ist zu prüfen, ob die "organartige" Vertretungsmacht einem Nichtgesellschafter, der nicht haftet, übertragen werden kann oder ob sie von der Stellung eines Gesellschafters nicht abgespalten werden kann.

Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht ausdrücklich. Es läßt zwar zu, daß das Gericht in der Liquidation einen Nichtgesellschafter als Liquidator ernennen kann, der u.U. die alleinige Vertretungsmacht ausübt, § 146 Abs. 2 S. 1 HGB. Das Gesetz ordnet aber im § 170 HGB ausdrücklich an, daß der Kommanditist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist. Es fragt sich, ob dem § 170 HGB das Verbot einer Drittorganschaft entnommen werden kann.

Zum Teil ist behauptet worden, diese Vorschrift sei abdingbar. Marcus ²⁾ meint, der Kommanditist sei nur von "Gesetzes wegen" von der Vertretungsmacht gem. § 170 HGB ausgeschlossen, im übrigen aber enthalte diese Vorschrift dispositives Recht ³⁾. Die überwiegende Meinung ⁴⁾ ist jedoch zu Recht der

1) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 586.

2) HoldhMSchr 09, 161.

3) Auch Braude, Der Kommanditist im Dienste seiner Gesellschaft, Diss. Berlin 1913, S. 33 ff., mit der Begründung, § 170 enthalte nur eine Vermutung, daß der Kommanditist im Zweifel nicht gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft sei.

4) Westermann, Handbuch, Rz. 862, 867; Schlegelberger § 170 Anm. 4; Weipert § 170 Anm. 8; Ritter § 170 Anm. 2; Wieland S. 754 Anm. 2; KG in JW 39, 424; Staub § 170 Anm. 4; auch BGH 41, S. 69.

Ansicht, daß diese Vorschrift nicht abdingbar ist, so daß ein Kommanditist nicht die organartige Vertretungsmacht erhalten könne. Der Wortlaut des § 170 HGB "der Kommanditist ist zur Vertretung nicht ermächtigt" besagt zwar nicht ausdrücklich, daß die Vorschrift nicht durch Vereinbarung abbedungen werden könnte. Aus der Stellung des § 170 HGB ist jedoch zu entnehmen, daß er zwingendes Recht enthält. Man kann sich der h.M. nicht verschließen, die darauf hinweist, daß gem. § 163 HGB die §§ 164 bis 169 HGB nachgiebiges Recht enthalten, und daraus folgert, daß der § 170 HGB unabänderlich ist.

Der zwingend vom Gesetz nach § 170 HGB angeordnete Ausschluß des Kommanditisten von der Vertretung könnte dazu führen, daß auch einem Nichtgesellschafter die organartige Vertretung nicht übertragen werden könnte.

Schröder ¹⁾ ist der Ansicht, aus § 170 HGB lasse sich nicht entnehmen, daß eine Übertragung der Vertretungsmacht auf einen Nichtgesellschafter ausgeschlossen sei. § 170 HGB besage lediglich, daß der Kommanditist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt sei. Der Gesetzgeber habe offensichtlich an die Ausübung der Vertretungsmacht durch einen Nichtgesellschafter nicht gedacht.

Diese von Schröder vorgenommene Interpretation führt indes zu verschiedenen Bedenken und Ungereimtheiten. Es liegt vor allem der Einwand nahe, daß, wenn sogar ein Kommanditist, der als Gesellschafter mit u.U. hoher Einlage haftet, nicht die organartige Vertretung im Sinne des § 125 HGB erhalten könne, weil er nur beschränkt haftet, erst recht ein Dritter, der kein Gesellschafter ist und überhaupt nicht persönlich haftet, nicht die organartige Vertretungsmacht ausüben könne.

Die Gesetzesmaterialien zum ADHGB und zum HGB lassen nun nicht erkennen, weshalb ein Kommanditist nicht die organschaftliche Vertretungsmacht auszuüben berechtigt sein soll. Auch ohne an

1) S. 29.

dieser Stelle auf einen möglicherweise allgemein geltenden Rechtssatz der notwendigen Verknüpfung von Herrschaft und Haftung im Deutschen Recht einzugehen ¹⁾, ist aber unschwer zu erkennen, daß durch die besondere Vorschrift des § 170 HGB ein Gleichgewichtsverhältnis im Außenverhältnis zwingend vorgeschrieben wird, demzufolge derjenige, der nicht voll haftet, im Außenverhältnis auch nicht als Prinzipal herrschen soll ²⁾.

Man kann nicht umhin, der Vorschrift des § 170 HGB über dessen Wortlaut hinausgehend den Willen des Gesetzgebers zu entnehmen, daß er es zum Schutze der mit der Gesellschaft in Geschäftsverkehr tretenden Personen als erforderlich ansieht, daß derjenige, der als Gesellschaftsvertreter auftritt, auch voll haften soll ³⁾. Groschuff ⁴⁾ weist wohl zu Recht darauf hin, daß der in § 170 HGB gesetzlich angeordnete Ausschluß des Kommanditisten von der Vertretung sich rechtspolitisch nicht erklären ließe, wenn sogar ein nicht haftender Dritter

-
- 1) Vgl. dazu Würdinger, Personengesellschaften I, S. 36, der betont, der unterschiedlichen Haftungsverteilung liege der "rechtsethische" Grundsatz der Vereinigung von Risiko-beherrschung und Risikotragung zugrunde.
 - 2) Hueck S. 201 Fn. 4. Im übrigen ist bezüglich des Gesichtspunktes der Haftungsbegrenzung des Kommanditisten zu beachten, daß die für die Begrenzung der Haftpflicht dienende Haftsumme nur das Verhältnis der Kommanditisten nach außen gegenüber den Gläubigern zum Gegenstand hat. Im inneren Verhältnis kann bestimmt werden, daß der Kommanditist sowohl ganz von seiner Beitragspflicht befreit ist als auch andererseits das volle Risiko zu übernehmen hat (Weipert § 161 Anm. 16). Daraus kann ein Anhalt dafür entnommen werden, daß weniger im Hinblick auf das Innenverhältnis der Gesellschafter und deren Schutz eine Ausübung der Vertretungsmacht durch Kommanditisten verboten ist, sondern vielmehr im Hinblick auf die im Außenverhältnis wirksam abgegebene Kundbarmachung, für Geschäftsschulden nur beschränkt eintreten zu wollen. Die Zuständigkeit zur Vertretung hängt nicht von der tatsächlichen Risikoübernahme im Innenverhältnis, sondern von der Risikoübernahme im Außenverhältnis ab (vgl. auch Müller-Erzbach JZ 56, 708).
 - 3) KG in JW 39, 424; auch wohl BGH 41, 369, wonach im Recht der Personalhandelsgesellschaften die organschaftliche Vertretung nur dem persönlich voll haftenden Gesellschafter zustehen soll.
 - 4) JW 39, 426.

die organschaftliche Vertretungsmacht erhalten könne.

Das Auftreten eines Nichtgesellschafters als organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft ließe sich auch kaum mit den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs vereinbaren. Beim Auftreten eines Nichtgesellschafters als Organ einer OHG oder KG würde der Verkehr nur allzu leicht damit rechnen, daß der für die OHG und KG Handelnde auch voll haftet ¹⁾.

Man kann dieser Argumentation nicht entgegenhalten, daß der Schutz der Gläubiger auch sichergestellt werden könnte durch Eintragung des nicht haftenden Drittorgans ins Handelsregister. Der zwingende Rechtssatz des § 170 HGB trägt vielmehr einem gesteigerten Verkehrsschutzbedürfnis über die Kundbarmachung im Handelsregister hinaus Rechnung: Der organschaftlichen Vertretung als Machtbefugnis des Prinzipals soll die volle Haftung gegenüberstehen ²⁾. Wer bei der OHG oder KG nur mit der Firma oder mit Firmenstempel mit Namen zeichnet ³⁾ oder auch sonst als Gesellschafter einer werbenden Gesellschaft auftritt, soll so behandelt werden, als ob er selbst in dem Umfange Vertragspartner sei, wie ein für die Gesellschaft sonst handelnder voll haftender Gesellschafter. Man kann sagen, daß § 170 HGB über den Schutz der Eintragung im Handelsregister hinausgehend dem Schutz des guten Glaubens und Vertrauens auf ein gesetzliches Normalstatut, wonach der in der oben beschriebenen Form für die Gesellschaft Handelnde

1) Hueck S. 201; KG a.a.O.

2) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 867 a.E.

3) Über die Art der Zeichnung des Inhabers der "organschaftlichen Vertretungsmacht" bestehen zwar keine ausdrücklichen Vorschriften, es reicht aber aus, wenn diese Person nur mit der Firma zeichnet, vgl. Baumbach-Duden § 108 Anm. 4 HGB. Dagegen erfordert das Offenkundigkeitsprinzip, daß ein Bevollmächtigter seine Unterschrift mit einem seine Bevollmächtigung ausweisenden Zusatz versieht ("ppa", vgl. Baumbach-Duden § 51 HGB), weil er sonst, wenn er sich nicht als Vertreter ausweist, in der Regel nach § 164 Abs. 2 BGB selbst Vertragspartner wird.

auch voll haftet, dient ¹⁾. Der bloße Eindruck, daß der für die Gesellschaft Handelnde auch unbeschränkt haften wolle, soll zum Schutz der mit der Gesellschaft in Geschäftsverkehr tretenden Personen vermieden werden. Dieses Anliegen des Gesetzgebers wird auch deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß bei Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht die "eigene Wahrnehmungsbefugnis mit der als Vertreter konkurriert" ²⁾. Für den unbefangenen Beobachter ist derjenige, der die organschaftliche Vertretungsmacht bei einer Personalhandelsgesellschaft ausübt, voll haftender "Inhaber" oder "Prinzipal" der Gesellschaft.

Die hier vertretene Auffassung wird auch dadurch bestätigt, daß derjenige, der im Rechtsverkehr nur mit der Firma zeichnet oder sonstige Handlungen für die OHG oder KG vornimmt, ohne auf eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht hinzuweisen, nach der Anschauung des Verkehrs dem Inhaber des Unternehmens gleichzusetzen ist. Es ist anerkannt, daß der Wille eines Kommanditisten oder Nichtgesellschafters als rechtsgeschäftlicher Vertreter für die Gesellschaft zu handeln, erkennbar sein muß ³⁾. Wer so auftritt als hätte er die Vertretungsmacht gem. § 125 HGB, wird entsprechend ⁴⁾ § 164 Abs. 2 BGB persönlich verpflichtet.

Nun kann zwar das Gericht, wie § 146 Abs. 2 besagt, auch Nichtgesellschaftler zu Liquidatoren einer aufgelösten Personalhandelsgesellschaft bestellen, ohne daß diese der persönlichen Haftung unterlägen. Bei diesen ist aber bezogen auf

1) Das ist anders bei der GmbH oder AG, bei denen Geschäftsführer und Vorstand zwar auch zeichnen in der Weise, daß sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift zufügen, vgl. §§ 35 Abs. 3 GmbHG, 79 AktG, bei denen aber jeder weiß, daß sie nicht als Inhaber auftreten und nicht persönlich haften.

2) RG 74, 299; Westermann, Handbuch, Rz. 192.

3) Barella DB 51, 149; Schlegelberger § 170 Anm. 4.

4) Es handelt sich ja nicht um den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, sondern um den Mangel des Willens in Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht zu handeln.

das Außenverhältnis das "Vertrauens-, Verantwortungs- und Krediterfordernis" ¹⁾ ein anderes. Die Liquidatoren haben keine Verbandsmacht ²⁾. Entspricht es dem Ziel des Gesetzes, im Geschäftsverkehr im Hinblick auf das Außenverhältnis die Interessen der Gläubiger dadurch zu schützen, daß nur den vollhaftenden Gesellschaftern die Vertretungsbefugnis überlassen wird, so kann diese Wertung im Stadium der Abwicklung entfallen, da hier die Gläubigerinteressen anderweitig gewahrt werden. Die Liquidatoren nehmen nicht mehr wie Unternehmer einerwerbenden Gesellschaft am Geschäftsverkehr teil, sondern sie haben lediglich die laufenden Geschäfte zu beenden, Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen, vgl. § 149 HGB. Ferner wird der Liquidator im Handelsregister eingetragen, § 143 HGB, und schließlich wird der Handelsverkehr im Zweifel schnell von der Auflösung der Gesellschaft erfahren, die ja öfters die Folge eines Konkurses oder Todes eines Gesellschafters, vgl. § 137 HGB, ist. Es ist also m.E. auch eine vom Gesetz bewußt hingenommene Bewertung der Gläubigerinteressen, wenn es die vertretungsberechtigten Liquidatoren nicht selbst voll haften läßt und für den Gläubigerschutz auf die Haftung der vertretungsberechtigten Liquidatoren verzichtet.

Gegen die Annahme einer Drittorganschaft spricht zudem, daß Typenfreiheit und Gestaltungsfreiheit ihre Grenzen da haben müssen, wo abweichende Abmachungen zwingende gesellschaftsrechtliche Ordnungsprinzipien auf Kosten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verletzen ³⁾. Bei der vom Gesetz angeordneten Typik, daß der Kommanditist nicht zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein darf, handelt es sich dem Inhalt nach ähnlich der sachenrechtlichen Zuordnung, die nicht nur "inter partes", sondern auch Dritten gegenüber wirkt, um eine Anordnung des Gesetzes, das die Interessen Dritter ohne Rück-

1) Müller-Erzbach JZ 56, 708, 2. Spalte.

2) Müller-Erzbach a.a.O.

3) H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 282; Haupt-Reinhard S. 33 ff.

sicht auf den Willen der unmittelbar Beteiligten gewahrt wissen will ¹⁾. Der durch § 170 HGB angeordnete Ausschluß der Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Übertragung der Vertretungsmacht auf Kommanditisten und das daraus ebenfalls abzuleitende Verbot der Übertragung der Vertretung auf einen Nichtgesellschafter muß als ähnlichen rechtspolitischen Zielen wie der "numerus clausus" der dinglichen Rechte dienend angesehen werden ²⁾. Den Parteien soll es auch hier genau wie bei der Zuordnung im Interesse Dritter nicht möglich sein, andere und neue Rechtsformen mit anderen rechtlichen Wirkungen zu schaffen als die durch das Gesetz für zulässig erklärten. Während bei der Verteilung der Geschäftsführungsbezugnis, die nur unter den Parteien wirkt, vom Gesetz ein größerer Gestaltungsspielraum als gegeben anzunehmen ist, muß der in § 170 HGB erkennbare Typenzwang dazu führen, daß jede Typenwahl hinsichtlich einer Übertragung der organartigen Vertretungsmacht auf einen Kommanditisten oder auch Dritten als zwingend ausgeschlossen anzusehen ist.

Nach allem spricht gegen die Zulässigkeit einer Drittorganschaft zwingend der § 170 HGB, mit dem es nicht zu vereinbaren ist, daß ein nicht haftender Nichtgesellschafter die organschaftliche Vertretungsmacht ausübt.

Ein Dritter kann schon wegen § 170 HGB nicht organschaftlicher Vertreter einerwerbenden Gesellschaft sein, unabhängig davon, ob der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung überhaupt für zulässig erachtet wird. Die organschaftliche Vertretungsmacht kann ähnlich wie das Stimmrecht ³⁾ nicht von dem Gesellschaftsanteil abgespalten werden und ohne diesen auf einen Dritten übertragen werden.

Die hier dargelegten Gründe gegen eine Drittorganschaft sprechen im übrigen nicht zuletzt auch gegen die Zulässigkeit nur

1) Vgl. Paulick S. 21; zur sachenrechtlichen Zuordnung Westermann § 3 III, IV.

2) Paulick S. 21.

3) BGH 3, 354.

vorübergehender Drittorganschaft für die Zeit des Entziehungsprozesses. Abgesehen davon, daß § 146 Abs. 2 HGB eine Drittorganschaft vorliegend nicht stützen kann, da es an einem "Interessenpluralismus" wie bei einem Ausschließungsprozeß gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter fehlt, ergeben sich aus § 170 HGB ernste Bedenken. Während eines durch drei Instanzen geschleppten langwierigen Prozesses mit eventuell schwieriger Beweisaufnahme könnte nämlich die für die Personalhandelsgesellschaften fremde Situation bestehen, daß ein mit der Vertretungsmacht von Gesellschaftern auftretender Nichtgesellschafter wie ein Vertretungsberechtigter zeichnete und im Rechtsverkehr aufträte, ohne aber der vollen oder auch nur einer beschränkten Haftung zu unterliegen.

3. Unterabschnitt: Ausschließliche Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten

§ 16 Vorbemerkungen zur Generalvollmacht

Da feststeht, daß ein Nichtgesellschafter nicht die organchaftliche Vertretungsmacht ausüben kann, soll nun untersucht werden, ob einem Nichtgesellschafter durch Erteilung der Generalvollmacht das uneingeschränkte Alleinvertretungsrecht übertragen werden kann, und zwar in Anlehnung an die vom BGH ¹⁾ vertretene Meinung, wonach ein Dritter "in weitem Umfange mit Geschäftsführungsaufgaben betraut werden kann" und alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft sein kann, ohne daß diesem - wie im Schrifttum überwiegend angenommen - damit auch die gesellschaftliche Geschäftsführungsbefugnis zusteht ²⁾. Es ist zu fragen, ob nicht entsprechend dieser Geschäftsführungsbefugnis ebenso die alleinige Vertretungs-

1) Bd. 36, 293.

2) Der BGH verweist darauf, daß das Verhältnis des Dritten zur Gesellschaft nicht durch gesellschaftsrechtliche Grundsätze wie z.B. die Treuepflicht, § 117 HGB usw., geprägt ist.

befugnis einem Dritten, der nicht das Vertretungsrecht eines Gesellschafters hat, übertragen werden könnte.

Generalvollmacht ist die umfassendste Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten, die sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken des Vollmachtgebers erstreckt ¹⁾. Im Gegensatz zur organartigen Vertretungsmacht eines Gesellschafters stellt sie sich jedoch als Handeln ausschließlich in fremden Namen dar.

Diese Generalvollmacht, die sich praktisch auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckte, müßte stets widerruflich sein ²⁾. Dies gebieten außer privatrechtlichen handelsrechtliche Überlegungen. Nach § 52 HGB ist schon eine Prokura, deren Umfang noch hinter dem der Generalvollmacht zurückbleibt, immer ohne Rücksicht auf das ihrer Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis jederzeit widerruflich. Das Gesetz trägt mit dieser zwingenden Vorschrift den Gefahren Rechnung, die sich aus dem weiten Umfang der Prokura für den Vollmachtgeber ergeben können ³⁾. Diese Regel müßte im Interesse des Schutzes der Vollmachtgeber aber hier um so mehr gelten, als der Umfang der dem alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten erteilten Vollmacht noch erweitert wäre.

Nun ist die organschaftliche Vertretung eines Gesellschafters nur nach § 127 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerruflich und auch die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit für einen zum Prokuristen bestellten Kommanditisten nach Meinung des BGH eingeschränkt ⁴⁾. Eine derartige Stellung dieser Personen ist aber nur begreiflich dadurch, daß zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ein besonderes Kausalverhältnis be-

1) Spitzbarth BB 62, 852; LG Mannheim BB 52, 732 Nr. 15.

2) KG KGJ 47, 150; Soergel-Siebert § 168 Anm. 21; Staudinger-Coing § 168 Anm. 12 a; Flume S. 867.

3) Schlegelberger § 52 Anm. 1.

4) Vgl. grundsätzlich BGH 17, S. 393.

steht ¹⁾. Auch ein im Gesellschaftsvertrag mit der Prokura betrauter Kommanditist übt die Prokura nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis eines Dienstverpflichteten, sondern in seiner Eigenschaft als Gesellschafter auf Grund einer vertraglichen Erweiterung seiner Gesellschafterrechte aus ²⁾. Für diese m.E. allerdings nicht ganz unbedenkliche Auffassung spricht, daß die Entziehung der Prokura ein Eingriff in ein dem Kommanditisten vertraglich eingeräumtes Gesellschaftsrecht darstellen würde ³⁾. Der alleinvertretungsberechtigte Generalbevollmächtigte aber, der nicht Gesellschafter ist, übte seine Befugnis auf Grund eines individualrechtlichen Vertrages aus.

Im übrigen entspricht die Widerruflichkeit der Generalvollmacht allgemein der Interessenlage zwischen dem Generalbevollmächtigten und den Inhabern der Gesellschaft. Die Vertretungsmacht nach § 125 HGB, die einem Teilhaber der Personalhandels-gesellschaft zusteht, wird zugleich auch in dessen Interesse verliehen. Hier entspricht es der Interessenlage, nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Vertretungsmacht widerrufenlich sein zu lassen, da diese dem Vertreter zur Wahrung eigener Interessen zusteht ⁴⁾. Bei dem Generalbevollmächtigten fehlt aber ein gesellschaftliches Eigeninteresse und deshalb muß die Generalvollmacht auch jederzeit widerrufen werden können ⁵⁾.

Das Bewußtsein des Generalbevollmächtigten, daß er jederzeit von der Vertretungsmacht abberufen werden könnte, wäre auch

1) Wieland S. 588 Fn. 16.

2) BGH a.a.O. S. 394.

3) Vgl. auch Kohler, S. 253, der auf den Liquidator einer Liquidationsfirma verweist, der nach § 147 HGB stets abberufen werden kann; ferner Weipert § 164 Anm. 11.

4) Wieland a.a.O.; von Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht, S. 59.

5) Müller-Erzbach, Die Rechtswissenschaft im Umbruch, S. 43; aus dem gleichen Grunde wäre übrigens auch die einem Dritten von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter erteilte Vollmacht hinsichtlich der Ausübung der Vertretung jederzeit widerrufenlich, Weipert § 125 Anm. 11.

geeignetes Mittel, den Problemen, die in der Aufspaltung von Verwaltung und Eigentum liegen, zu begegnen. Den Gesellschaftern wäre es möglich, den Generalbevollmächtigten, der zu sehr durch das Bewußtsein gehemmt wird, fremdes Gut zu verwalten oder der gar zu risikoreiche Geschäfte tätigte, von der Vertretung jederzeit abzurufen. Eine Versuchung des Generalbevollmächtigten zur Vornahme unverantwortlicher Dispositionen, die bei seiner Machtstellung auf der einen und der beschränkten Haftung auf der anderen Seite vielleicht nicht allzu fern läge, könnte also von Seiten der Gesellschafter mit geeigneten Mitteln begegnet werden.

Nach diesen einführenden Vorbemerkungen zur Generalvollmacht sei nun untersucht, ob der Gesetzeswortlaut ausschließt, daß eine Personalhandelsgesellschaft allein durch einen Generalbevollmächtigten, der Nichtgesellschafter ist, vertreten werden kann.

§ 17 Entscheidung aus dem Wortlaut des HGB

Die Vorschrift, an die sich der Streit, ob nämlich alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden können, in erster Linie anknüpft, ist die Bestimmung des § 125 Abs. 1 HGB, wonach zur Vertretung der Gesellschaft jeder Gesellschafter ermächtigt ist, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist ¹⁾.

Der Gesetzeswortlaut läßt zu, daß jeder einzelne Gesellschafter, also der eine so gut wie der andere, von der Vertretung ausgeschlossen werden kann. Es kommt jedoch für die Beantwortung der Frage, ob alle voll haftenden Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden können, darauf an, ob durch den Gesetzeswortlaut gedeckt wird, daß alle Gesellschafter

1) Die betreffende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag muß die Ausschließung deutlich erkennen lassen. Das RG, Bd. 34, 56, hat entschieden, daß in der "ausschließlichen" Vertretungsübertragung auf einen anderen Gesellschafter die Ausschließung der Übrigen liegt.

gleichzeitig von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen werden können.

M.E. spricht nichts dafür, dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen, daß der gleichzeitige Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung nicht zulässig sein soll. Man stelle sich z.B. eine zweigliedrige KG vor. Über § 161 Abs. II HGB findet der § 125 HGB direkte Anwendung. Die sinnngemäße Anwendung des § 125 Abs. 1 HGB auf diese bedeutet: Zur Vertretung der KG ist der Komplementär ermächtigt, wenn er nicht durch Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen worden ist. Es ergibt sich, daß nach dem Wortlaut des § 125 HGB nicht der Fall ausgeschlossen ist, daß auch der einzige Komplementär von der Vertretung ausgeschlossen werden kann ¹⁾. Der Ausschluß des einzigen Komplementärs von der Vertretung einer KG unterscheidet sich systematisch aber nicht von dem Fall des Ausschlusses aller Gesellschafter einer OHG von der Vertretung, weil in beiden Fällen die Gesellschaften nicht durch die vollhaftenden Gesellschafter vertreten würden. Mit dem Argument, der Wortlaut des § 125 HGB regele die Vertretung bei der OHG und KG erschöpfend ²⁾, ist also nichts bewiesen. § 125 HGB, wie im übrigen auch § 170 HGB, besagt nämlich nicht, daß nur Gesellschafter die Gesellschaft sollen vertreten können. Diese Vorschriften besagen nur, daß grundsätzlich die vollhaftenden Gesellschafter die "organartige" Vertretung ausüben ³⁾.

Wenn weiter geltend gemacht wird, § 126 HGB spreche nur vom Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter, so ist Schröder Recht zu geben, der dies auf die Systematik des Gesetzes zurückführt, wonach der § 126 HGB den vorhergehenden § 125 HGB lediglich ergänze, der in dem Gesetzeswortlaut aber kein Argument gegen einen Ausschluß aller Gesellschafter von der Ver-

1) Diese Ansicht wurde auch zum damaligen Artikel 86 Nr. 4 und Artikel 115 ADHGB vertreten, vgl. Bacmeister S. 420.

2) Schröder S. 30.

3) Hueck S. 201; Westermann, Handbuch, Rz. 149, 862.

vertretung sieht ¹⁾.

Aus dem § 125 Abs. 3 S. 1 HGB, der bei einer Personalhandels-gesellschaft eine sogenannte unechte Gesamtvertretung unter Hinzuziehung eines Prokuristen zuläßt, läßt sich ebenfalls kein Schluß für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung herleiten. Aus dem Nebensatz "wenn nicht mehrere Gesellschafter zusammen handeln" leitet die h.M. zwar ihren Standpunkt ab, daß die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter nicht dadurch nach außen beschränkt werden könne, daß eine Gesamtvertretung ohne Mitwirkung eines Prokuristen nicht möglich wäre ²⁾. Selbst wenn der Schluß aus dieser Formulierung richtig sein sollte, könnte aus dieser nur für die Gesamtvertretungsmacht geltenden Spezialregelung aber gleichwohl nicht zwingend gefolgert werden, daß das Gesetz allgemein den Grundsatz hat aufstellen wollen, in jeder Personalhandels-gesellschaft müsse eine Vertretung nur durch Gesellschafter möglich sein. Auch der BGH und die sonstigen Stimmen im Schrifttum, die sich gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung ausgesprochen haben, berufen sich bei ihren Stellungnahmen nicht auf diese Gesetzesstelle, sondern bedienen sich stets anderer Argumente. Eine Argumentation, die sich ausschließlich an den Wortlaut des Gesetzes anlehnt, ist daher sicherlich als nicht ausreichend anzusehen.

Läßt sich aber nach dem Wortlaut der zitierten Bestimmungen nicht ausschließen, daß der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung möglich ist, fragt es sich, ob sich eine Entscheidung aus der Auslegung des Gesetzes, insbesondere des § 125 Abs. 1 HGB gewinnen ließe, also "durch Klarstellung des

1) Schröder a.a.O.

2) Schlegelberger § 125 Anm. 22; BGH 26, 33.

maßgebenden Sinnes" dieses Rechtssatzes ¹⁾.

Die Methode einer Sinnesinterpretation ist nun umstritten ²⁾. Man streitet sich darum, ob man bei der Gesetzesauslegung eher auf die Erforschung des historisch-psychologischen Willens des Gesetzgebers oder auf die Erschließung des dem Gesetze innewohnenden vernünftigen Sinnes abstellt ³⁾. Ohne daß sich hier für eine Theorie entschieden zu werden braucht - die Frage wird dann rechtlich relevant, wenn sich objektive Teleologie und subjektiv historischer Wille widersprechen -, bleibt es jedoch anerkanntermaßen zulässig und bedeutsam, den Willen des Gesetzgebers zu erforschen, da wertvolle Anhaltspunkte für die Erkenntnis der Norm gewonnen werden können, auch wenn diese "historische Auslegungsmethode für sich allein nur begrenzten Wert hat" ⁴⁾.

Die Materialien zum HGB von 1897 begnügen sich jedoch mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des Ausschlusses der Gesellschafter von der Vertretung, ohne auf die hier interessierende Frage näher einzugehen ⁵⁾. In welchem Sinne der Gesetzgeber die Frage entschieden wissen wollte, läßt sich heute nicht mehr in einer alle Zweifel beseitigenden Weise feststellen.

Es ist nun im Rahmen der Arbeit schon darauf verwiesen, daß der § 125 HGB in seiner heutigen Form Art. 86 Ziff. 4 ADHGB

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 54 I; ob der Wortsinn einer Vorschrift im übrigen eindeutig oder mehrdeutig ist, ist unerheblich, da "jede Anwendung des Gesetzes bereits Interpretation ist". Die Entscheidung, der Wortlaut eines Textes sei eindeutig, so daß eine Auslegung überflüssig sei, berührt nämlich bereits auf Interpretation, vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 253.
 - 2) Erläuterungen zu der subjektiven und objektiven Theorie bei Enneccerus-Nipperdey S. 335 ff.; Larenz 243 ff.
 - 3) Larenz S. 237, 247.
 - 4) Westermann-Lepsius NJW 66, 430, 431; diese warnen freilich vor einer Überschätzung der Gesetzesmaterialien, weil diese keine authentischen Kriterien darstellten für die maßgebenden sozialen Anschauungen und Wertmaßstäbe; vgl. auch Esser JZ 53, 521, 526; zur Bedeutung der Normvorstellungen der Gesetzesverfasser im einzelnen Larenz S. 248, 249, 258.
 - 5) Hahn-Mugdan, VI. Bd., S. 43 ff.

entspricht und mit diesem weitgehend übereinstimmt. Bei den Beratungen des Art. 86 Ziff. 4 ADHGB ¹⁾ wurde aber die Möglichkeit erwähnt, alle Gesellschafter von der Geschäftsführung auszuschließen ²⁾. Ein Mitglied erwähnte den Fall, daß sämtliche Gesellschafter von der "Geschäftsführung" ausgeschlossen werden könnten, wenn z.B. ein Nichtgesellschafter als alleiniger Geschäftsführer ursprünglich oder nachträglich bestellt werde. Hierzu bemerken Anschütz-Völlderndorf ³⁾ indessen wohl zu Recht, daß diese Äußerung nicht unbedingt die Ansicht der Mehrheit der Kommission wiedergäbe, daß aber auffällig sei, daß unmittelbar darauf ⁴⁾ der Art. 86 Ziff. 4 in seiner damaligen Fassung angenommen wurde, der ebenso wenig klar wie der heutige § 125 HGB zum Ausdruck brachte, ob der Ausschluß aller Gesellschafter von der "gesetzlichen" Vertretung zulässig sein solle. Aus den Materialien des ADHGB zu dieser Vorschrift läßt sich also ebenfalls eine eindeutige Stellungnahme zu der Streitfrage nicht entnehmen.

Auch aus der Bestimmung des Art. 117 ADHGB, derzufolge die Gesellschaft vor Gericht durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten wird, läßt sich nicht zwingend folgern, daß das Gesetz von dem Vorhandensein wenigstens eines solchen ausgegangen ist, wie Bacmeister ⁵⁾ meint. Zwar ist der in zweiter Lesung der Kommission beantragte Zusatz "die Behändigung von gerichtlichen Vorladungen und anderen Zustellungen geschieht mit gleicher Wirkung an den Prinzipal oder Prokuristen" nicht Gesetz geworden. Dieses geschah aber nur, weil der Inhalt des Antrages "teilweise für bedenklich, teilweise (aber) auch für selbstverständlich gehalten wurde" ⁶⁾.

1) Protokolle zur Beratung des ADHGB S. 981.

2) Es heißt in diesen Protokollstellen zwar "Geschäftsführung", gemeint ist aber Vertretungsmacht im heutigen Sinne, wie sich ohne weiteres aus der Fassung des Art. 86 Ziff. 4, der zur Beratung anstand, ergibt.

3) S. 89 Fn. 9.

4) Protokolle a.a.O. S. 289.

5) S. 432.

6) Protokolle a.a.O. S. 1006.

Es ist nun aber heute kaum noch zu beweisen, ob gerade die Vertretung durch einen Prokuristen vor Gericht für "selbstverständlich" ¹⁾ oder "bedenklich" ²⁾ gehalten wurde. Beide Argumentationen sind nicht frei von jeglichen Zweifeln.

Ein bestimmter Wille des Gesetzgebers, mithin der nach Auffassung von Larenz ³⁾ an der Gesetzgebung beteiligten Personen, die Frage in dem einen oder anderen Sinne zu entscheiden, dürfte heute bei einer unvoreingenommenen Betrachtungsweise kaum zu erkennen sein.

Führt aber das Auslegungsmittel der Wortinterpretation wie dasjenige der historisch-subjektiven Auslegungsmethode - hierbei ist noch zu beachten, daß einer Auswertung der Materialien zum ADHGB als eines vergleichsweisen älteren Gesetzes geringerer Auslegungswert zukommt ⁴⁾ - zu keinem Ergebnis, bleibt eine Auslegung nach objektiv-teleologischen Kriterien. Objektiv-teleologische Kriterien müssen dann den Ausschlag geben, wenn der Wortlaut nicht klar ist und auch der Zweck des historischen Gesetzgebers nicht eindeutig zu erkennen ist ⁵⁾.

Aufgabe im folgenden muß es daher sein, aus dem objektiven Sinnzusammenhang des Gesetzes die Entscheidung der Frage zu entnehmen.

§ 18 Entscheidung aus dem Wesen der Gesellschaft

Man findet nicht wenig ⁶⁾ - wörtlich oder sinngemäß - die Wendung, mit dem "Wesen" der Personalhandels-gesellschaft sei es nicht vereinbar, daß ein Dritter alleiniger Vertreter oder

1) So Anschütz-Völlderndorff a.a.O.

2) Bacmeister S. 432.

3) Methodenlehre S. 247 mit genauen Hinweisen darauf, was unter dem "Willen des Gesetzgebers" zu verstehen sei.

4) Dazu Westermann-Lepsien a.a.O.

5) Larenz S. 259; vgl. auch Batholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 44. '

6) Bacmeister a.a.O.; Schopp RPfl. 63, 188; Bösebeck, Kapitalistische KG, S. 14; Buchwald DB 57, 109; Möhle S. 68 ff.; Staub § 125 Anm. 3; Schlegelberger § 125 Anm. 11.

Geschäftsführer der Gesellschaft sei. Die OHG müsse der "Natur der Sache nach" wenigstens einen Gesellschafter haben, durch welchen sie vollständig vertreten werde. Selbstvertretung sei Wesensmerkmal der Personalhandelsgesellschaft. Umgekehrt berufen sich aber auch die Vertreter der gegenteiligen Ansicht auf das Wesen der Personalhandelsgesellschaften. So führt z.B. das OLG München aus, mit dem Wesen der OHG als einer handelsrechtlichen, den Gläubigern unmittelbar und unbeschränkt haftenden Gesamthandsgemeinschaft seien beide Systeme (das der Dritt- wie der Selbstorganschaft) vereinbar ¹⁾. O. v. Gierke, der in seiner Genossenschaftstheorie das "spezifische Wesen" der Handelsgesellschaft als darinliegend umschreibt, daß die Gesellschafter die Gesellschaft als solche vertreten, betont eine Seite später, daß die Vertretungsmacht allen Gesellschaftern entzogen und einem Prokuristen übertragen werden könne ²⁾.

Überhaupt läßt sich sagen, daß eine einheitliche Anwendung des Begriffs im Gesellschaftsrecht nicht gegeben ist. Während Weipert ³⁾ es z.B. mit dem Wesen der Personalgesellschaft für vereinbar hält, daß alle Gesellschafter nicht an der Geschäftsführung teilnehmen, hält Schlegelberger ⁴⁾ es mit dem Wesen einer solchen Gesellschaft nicht für vereinbar, daß nur Nichtgesellschaftler die Geschäftsführung ausüben. Während Heins ⁵⁾ bei der Besprechung des Hueckschen Lehrbuchs des Rechtes der OHG ausführt, die OHG bestehe aus Unternehmern, zu deren Wesen es gehöre, daß sie auch selbst aufträten, schreibt

1) A.a.O.; vgl. auch KG JW 39, 424; Renaud S. 358; Auerbach, Gesellschaftswesen, S. 28 Fn. 5: "Auch diese Entbehrung zur Zeichnung oder Vermehrung beeinträchtigt so wenig die juristische oder wirtschaftliche Natur einer Sozietät der vorliegenden Art, daß sie sogar unbeschadet des Gesellschaftsbestandes sämtlichen Teilhabern abgehen könnte, wenn diese etwa die Wahrnehmung des Gesellschaftsinteresses ausschließlich einem Dritten als "Geschäftsführer" anvertraute".

2) S. 587, 588.

3) § 114 Anm. 10.

4) § 114 Anm. 6.

5) NJW 48, 254.

Hueck in eben diesem Lehrbuch bei der Erörterung der Frage, ob alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden könnten, die Bejahung dieser Frage stände nicht mit dem Wesen der OHG in Widerspruch, weil die OHG zwar im Zweifel, aber nicht notwendig eine Arbeitsgemeinschaft sei ¹⁾.

Bacmeister ²⁾ vertritt die Meinung, es liege im Wesen der OHG, daß sie durch einen "geborenen" Vertreter gegenüber Dritten auftrete. Demgegenüber sagt Hill ³⁾, die begrifflichen Merkmale einer OHG erforderten nach § 105 HGB nur, daß es sich um eine Gesellschaft handle, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma gerichtet sei und daß bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt sei.

Alle diese Beispiele aus der Rechtsprechung und Literatur machen deutlich, daß jede Ansicht sich bemüht, mit dem "Wesen" nicht in Widerspruch zu geraten. Es zeigt sich aber, daß sich eine Lösung der hier zu untersuchenden Frage mit diesem Begriff nicht erzielen läßt. Dreier ⁴⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß es nicht zweckmäßig sei, den Begriff "Natur der Sache", der hier mit dem des "Wesens" gleichgesetzt werden kann ⁵⁾, als rechtswissenschaftliches Argument zu verwenden ⁶⁾. Die Vieldeutigkeit dieses Begriffs ließe ihn als präzises sprachliches Mittel ungeeignet erscheinen. Gutzwiller ⁷⁾ erklärt, daß der Begriff "Natur der Sache", obwohl häufig praktisch verwendet, die Stellung eines klaren un-

1) S. 85.

2) A.a.O. 417.

3) S. 21, 22.

4) S. 127.

5) Dreier a.a.O.

6) Vgl. ferner etwa Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, S. 78 ff.; Dahm MDR 59, 510, "übertriebene Neigung zu Auslieferung an die Natur der Sache, zur Wesensschau"; Engisch, Festschr. Eberhard Schmidt, S. 90; zur Verwertbarkeit des Begriffes allgemein: Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie 1950, S. 118 ff.

7) Zur Lehre von der Natur der Sache, S. 282 ff.

antastbaren Begriffs nicht erlangt habe. Auch Müller-Erzbach ¹⁾ lehnt das "unbestimmte Beziehen auf das Wesen einer Rechtseinrichtung" als Notbehelf ab, da es den heutigen "Genauigkeitsansprüchen" nicht mehr genüge.

Die Fragwürdigkeit, aus diesem Begriff präzise Rechtsfolgen abzuleiten, verdeutlicht auch ein Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht. Die von der h.M. für zulässig gehaltene Einmann-Gesellschaft gibt ein instruktives Beispiel dafür, daß es rechtliche Konstruktionen gibt, die mit dem Wesen eines Rechtsinstitutes kaum noch etwas gemein haben. Die Einmann-Gesellschaft ist typologisch keine Gesellschaft ²⁾. Oder kann man in Abrede stellen, daß es dem Wesen einer Gesellschaft entspricht, daß diese wenigstens aus zwei Mitgliedern bestehen muß?

Man könnte gleichwohl mit diesem Begriff hier arbeiten, wenn eindeutig feststände, was unter dem Wesen der Personalhandelsgesellschaft zu verstehen wäre. Wenn man eine Rechtsfolge unmittelbar und ohne nähere Begründung aus einem Rechtsinstitut herleiten will, so kann dies dann mit Erfolg geschehen, wenn dessen charakteristischen Züge ganz offenbar sind ³⁾. Es gibt aber nicht einmal auch nur in etwa übereinstimmende Meinungen über das Wesen der Personalhandelsgesellschaft.

Nach Meinung vieler besteht das Wesen der Personalhandelsgesellschaften z.B. darin, daß Mitgliedschaft und Verantwortung in einer Hand liegen müßten. Demgegenüber steht aber fest, daß ein Zusammenhang von Mitgliedschaft und Verantwortung, von Kapital und Arbeit, bei etlichen für zulässig gehaltenen Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht mehr besteht ⁴⁾. So entspricht

1) JZ 56, 709.

2) Schilling JZ 53, 164.

3) So kann man z.B. aus dem Wesen der Ehe folgern, daß der Anspruch auf eheliche Lebensgemeinschaft nicht übertragbar ist, vgl. Wiedemann S. 279.

4) Raiser, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, B 73 ff.

es heute h.L. ¹⁾, daß z.B. bei der Einmanngesellschaft, bei der GmbH & Co. und auch bei der kapitalistischen KG die Unternehmensleitung bei nicht vollhaftenden Personen liegen kann. OHG und KG können also zumindest in Ansehung des inneren Aufbaus alle Züge einer Kapitalgesellschaft haben ²⁾. So kann sogar die gesetzliche Bestimmung, wonach bei einer Personalhandels-gesellschaft der Tod eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, abbedungen werden, obwohl es sich bei dieser gesetzlichen Bestimmung um ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal der Personalhandels-gesellschaft von der Kapitalgesellschaft handeln soll ³⁾. Vielfach herrscht bei der Gründung einer OHG durch die engen persönlichen Beziehungen unter den Gesellschaftern das individualistische Element vor. In der Generationsfolge tendiert die Organisation der Gesellschaft dann aber mehr auf eine kapitalistische-kollektivistische Organisationsform hin als Folge des dann nicht mehr gegebenen alten engen Vertrauensverhältnisses ⁴⁾.

Selbst wenn man wirklich eine für den Idealfall getroffene Regelung der Ausgewogenheit von Kapital und Arbeit, Unternehmensbesitz und Leitung dem HGB entnehmen könnte, wären durch die atypische Ausgestaltungen von Sachverhalten, die auch die Zustimmung der Lehre und der Rechtsprechung gefunden haben, diese Regeln ihrer theoretischen Grundlagen beraubt ^{5) 6)}.

Bedenkt man, wie verschieden das Gesellschaftsverhältnis ausgestaltet werden kann, überzeugt es nicht, daß eine aus-

1) RG 105, 101 ff., vgl. auch BGH NJW 66, 1309.

2) Vgl. Fabricius S. 62; Boesebeck, Kapitalistische KG, S. 14; auch BVerfG NJW 68, 2187; BFH BStBl 66 III 171.

3) Rokas S. 17.

4) Römer S. 164.

5) Ähnlich Caflisch S. 156.

6) Hingewiesen sei darauf, daß diese Unterscheidung auf dem Gebiete des Steuerrechts, das in seinen Tatbeständen gerade von der Rechtsform ausgeht, nach wie vor von erheblicher Bedeutung ist, Paulick S. 47.

schließliche Drittvertretung mit dem Hinweis auf das Wesen der Gesellschaft als einer "Arbeitsgemeinschaft der Eigentümer" abgelehnt wird ¹⁾.

Die weithin praktizierten Grundtypenvermischungen müssen vielmehr zu der Erkenntnis führen, daß es echte Gesellschaftstypen mit einem der Parteiendisposition entzogenen Wesensgehalt nur auf Grund zwingender Gesetzesregeln gibt ²⁾. Wenn Paulick ³⁾ daher gegen eine Gesellschaft mit Drittorganen anführt, diese Gesellschaften erhielten dadurch einen stark kapitalgesellschaftlichen Einschlag, der die Bildung "unerwünschter" Typenvermischung zur Folge hätte, die aus rechtssystematischen Gründen nicht gefördert werden sollte, muß man ihm entgegenhalten, daß das Verbot der Drittorganschaft bereits zwingend aus dem Gesetz folgt. Im übrigen ist die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger, "erwünschter und unerwünschter" Atypik aber "fließend", so daß bei einer Grenzziehung die Schwäche der Typologie, die in der mangelnden Bestimmbarkeit ihres Wesens liegt, offenbar wird ⁴⁾. Die Beantwortung der Frage, von welchem Grad der Atypik ab eine Abweichung vom dispositiven Recht gegen das Wesen der Institution verstößt, bleibt auch bei Paulick ungewiß.

Die Betonung des Wesens der Personalhandelsgesellschaft dürfte nach allem kaum in einem anderen Sinne als dem der Erhaltung eines unantastbaren Bereichs oder bei der Anwendung des § 138 BGB Verwendung finden ⁵⁾. Der Begriff ist zu vage, als daß er zu etwas anderem als zu richterlichen Billigkeitserwägungen führte, deren Folge nur eine weitgehende Rechtsunsicherheit sein kann.

1) Holch DNotZ 50, 282, 288; ähnlich äußert sich Erman, Festschrift Nipperdey, S. 282, 286, gegenüber der Wendung des BGH, die "Abspaltung von Verwaltungsrechten vertrage sich nicht mit dem Wesen der Personalhandelsgesellschaft".

2) Mertens NJW 66, 1050.

3) S. 84; ähnlich Würdinger, Arbeitsbericht, S. 49.

4) Larenz, Methodenlehre, S. 343.

5) So auch Erman a.a.O. S. 286, 287.

§ 19 Entscheidung aus der fehlenden Rechtspersönlichkeit
oder der fehlenden körperschaftlichen Struktur der Per-
sonalhandelsgesellschaft

Neben den Hinweisen auf das Wesen der Personalhandelsgesellschaften finden sich auch oftmals Hinweise, daß die Gesellschaft durch die Bestellung eines Dritten zum ausschließlichen Vertreter nicht einer juristischen Person oder Körperschaft gleichgestellt werden dürfe ¹⁾.

Eine Abgrenzung der Begriffe "juristische Person" und "Körperschaft", die vielfach zu Unrecht identifiziert werden ²⁾, von dem der "Gesamthandsgemeinschaft" kann nun nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein ³⁾. Daß aber durch Hinweise auf den Rechtscharakter der juristischen Person oder der Körperschaft brauchbare Unterscheidungskriterien, aus welchen eine bestimmte Rechtsanwendung abzuleiten wäre, gewonnen werden können, muß in Übereinstimmung mit der Ansicht vieler in der Literatur bezweifelt werden ⁴⁾.

Der Begriff der juristischen Person, über den selbst noch nicht einmal Einmütigkeit besteht ⁵⁾, kann keine Gesichtspunkte zur Erfassung der Verschiedenheit der Gesellschaftsformen und einer daraus folgenden klaren Unterscheidbarkeit bieten. Eine Einteilung der Gesellschaften in solche mit und ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist für eine Bewertung unbrauchbar. Die Rechtsfähigkeit einer Personenmehrheit ist eine reine Zweckschöpfung des Gesetzgebers, der sich bei sei-

1) H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 II 1 b; Schopp RPfl. 63, 186, 187; Schlegelberger § 125 Anm. 11.

2) Dies legen Haupt-Reinhardt S. 21 und Fabricius S. 63 richtig dar; vgl. den nichtrechtsfähigen Verein auf der einen und die Einmann-GmbH auf der anderen Seite.

3) Vgl. dazu a.a.O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 188; derselbe: Das Wesen menschlicher Verbände.

4) Schreiber S. 266, 37; Wieland S. 431; Mestmäcker S. 34; Dilcher JuS 66, 90.

5) Hueck S. 23, Fn. 12; Wieland S. 389.

ner Verleihung von Gesichtspunkten der Praktikabilität leiten ließ ¹⁾ und nicht von solchen der Dogmatik. Es gibt kein einheitliches und bis ins Letzte durchdachtes System rechtlicher Unternehmensformen ²⁾, sondern die einzelnen Gesellschaftsformen sind zu verschiedenen Zeitpunkten aus verschiedenen wirtschaftlichen Notwendigkeiten heraus entstanden ³⁾. Der Begriff juristische Person kann mithin, wenn man ihn lediglich als eine "Ordnungsbezeichnung für übereinstimmende Züge sozialer Phänomene" versteht, die weder einen eigenen Wert, noch eine eigene Existenz für sich hat ⁴⁾ und ihn nicht als Gegensatz der Verbände ohne Rechtspersönlichkeit ansieht, sondern sich des fließenden Überganges der Gesellschaftsformen bewußt bleibt, noch nichts über seine Tragweite aussagen ⁵⁾.

Der Begriff bildet vielmehr eine "gedankliche Zusammenfassung von Tatbeständen, Beziehungen und Normen, ein nichtbegreifliches Vorstellungsbild" ⁶⁾ als ein juristisch eindeutiges Kriterium der Abgrenzung. Dieser Begriff ist also als solcher inhaltslos und erst die an diesen Begriff anknüpfenden Normen regeln die zugrundeliegenden Lebensverhältnisse ⁷⁾.

1) Wolff I, S. 207 ff.; Westermann, Person und Persönlichkeit im Zivilrecht, S. 12, 13; Hirsch S. 15; Wieland S. 407.

2) Boesebeck, Kapitalistische KG, S. 10; Houben S. 105.

3) Hirsch S. 5; Schreiber S. 12 ff.: "Die Rechtsordnung bestimmt ihren Inhalt souverän, ohne Bindung an theoretische Grundlagen"; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey § 103 V.

4) Müller-Freienfels AcP 156, 525.

5) Caflisch S. 6; Schreiber S. 37.

6) Müller-Freienfels a.a.O. S. 529.

7) Caflisch S. 7; Wolff I, S. 203, schreibt: "Man muß in Zweifelsfällen die unter die juristischen Personen zusammengefaßten Tatbestände und Normenkomplexe rechtselementar auseinanderlegen und insbesondere die in Frage stehenden Interessen selbst untersuchen, wenn man sich entscheiden muß".

Müller-Freienfels ¹⁾ stellt denn auch fest: "Aus einem solchen Begriff lassen sich keine juristischen Urteile gewinnen. Er ist kein Ausgangspunkt rechtlicher Begründungen, sondern nur das Schlußergebnis induktiver Betrachtungsweise".

Ähnliches muß zu einer Argumentation mit dem Begriff "Körperschaft" gesagt werden. Auch aus diesem Begriff allein Entscheidungen von Zweifelsfragen ableiten zu wollen, muß als untunlich und unpräzise angesehen werden. Gegen eine Ableitung von Rechtsfolgen aus diesem Begriff hat sich z.B. eindeutig Mestmäcker ²⁾ im Anschluß an Wieland ³⁾ ausgesprochen. Wieland übt besondere Kritik an Gierkes in der Genossenschaftstheorie aufgezeigten Konzeption der realen Verbandspersönlichkeit, die zu einer zu großen Trennung von Personal- und Kapitalgesellschaften führe. Er weist gegenüber dieser "dualistischen" Betrachtungsweise auf die vielen ähnlichen und zum Teil sogar übereinstimmenden Merkmale aller Handelsgesellschaften hin. Mestmäcker führt aus, daß die Personalhandelsgesellschaften z.B. im Außenverhältnis zum Teil wie körperschaftlich organisierte juristische Personen behandelt würden, während umgekehrt juristische Personen vielfach auch als Personalhandelsgesellschaften behandelt würden, z.B. könne ein Gesellschafter einer GmbH aus wichtigem Grunde aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, und Gesellschafter einer GmbH hätten das Recht, Ansprüche der Gesellschaft durch eine Art "actio pro socio" durchzusetzen.

Diese Reihe kann sogar noch ergänzt werden, indem etwa auf die bei den Personalhandelsgesellschaften anerkannte Treuepflicht hingewiesen wird, die auch für das Recht der Kapitalgesellschaften teilweise anerkannt ist ⁴⁾. Auch sind körperschaftlich organisierte Personalgesellschaften ohne wei-

1) A.a.O.

2) S. 349.

3) S. 409, 498 ff., 609 ff.

4) Von Godin, AktG, § 1 Anm. 2.

teres möglich ¹⁾, wie umgekehrt die als Körperschaft organisierte juristische Person elastische und zweckmäßige Gesellschaftsformen, bei denen das persönliche Element gegenüber dem korporativen überwiegt, ermöglicht ^{2) 3)}.

Auch sei daran erinnert, daß der Körperschaftsbegriff, der die Unabhängigkeit vom Wechsel der Mitglieder beinhaltet und die Übertragung des Mitgliedschaftsrechts nicht grundsätzlich ausschließt, ohnehin kaum Anwendung auf die GmbH finden kann ⁴⁾, daß aber bei der GmbH gleichwohl ausschließliche Drittvertretung möglich ist. Die Möglichkeit ausschließlicher Drittvertretung ist also nicht zwingend auf Körperschaften beschränkt.

Kann man also die Begriffe "juristische Person" und "Körperschaft" nur mit großer Zurückhaltung bei der Entscheidung der hier in Rede stehenden Problematik verwenden, da sie keine zwingenden Kriterien, sondern nur eine formelle Unterscheidbarkeit liefern ⁵⁾, kommt für die KG und OHG hinzu, daß ihre Zuordnung unter bestimmte Gesellschaftsformen dogmatisch keineswegs einwandfrei feststeht, auch wenn man heute wohl davon auszugehen hat, daß diese als personenrechtliche Ge-

1) Vgl. zu dieser "Institutionenleihe" Westermann, Handbuch, Rz. 150, 151; derselbe, die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens, S. 50; Fabricius S. 165.

2) Fabricius S. 63; Paulick S. 60.

3) Die Anerkennung der verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten bei Verbänden sowohl als körperschaftlich organisierte juristische Person als auch als Personalhandels-gesellschaft erfolgt übrigens auch in der Gesetzgebung, vgl. § 5 der 2. DVO zur Dividendenabgabenverordnung vom 5.5.1942, die den Begriff der "personenbezogenen Kapitalgesellschaft" verwendet. Durch die 2. DVO zur Dividendenabgabenverordnung wurde anerkannt, daß es Kapitalgesellschaften gibt, bei denen das persönliche Element so stark ist, daß eine Sonderbehandlung gegenüber anderen Kapitalgesellschaften gerechtfertigt ist, vgl. Gessler, Soziale Praxis 1942, 266.

4) Ausdrücklich Staudinger Einl. vor § 21 BGB Anm. 4.

5) Mestmäcker S. 349.

samthandsgemeinschaften anzusehen sind. Selbst wenn man die vor allem von Kohler ¹⁾ und von Wieland ²⁾ vertretene Ansicht, daß die OHG juristische Person sei, als überholt ansieht und ziemliche Einmütigkeit darüber besteht, daß die OHG und KG nicht in jeder Beziehung juristische Personen sind, sondern eher der "societas" des römischen Rechts vergleichbar, bleibt doch nach wir vor die Frage offen, ob OHG und KG eher den Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder aber den "relativen" juristischen Personen unterfallen oder ob ihnen gar eine Doppelnatur zukommt ³⁾.

Inwieweit sich der Aufbau einer OHG oder KG dem einer juristischen Person annähert, mag vorliegend dahinstehen ⁴⁾. Für die hier zu behandelnde Frage genügt die Feststellung, daß OHG wie auch KG als von den sie tragenden Mitgliedern in mehrfacher Hinsicht verschiedene und verselbständigte Rechtssubjekte anzusehen sind und ihnen Rechtssubjektivität im Hinblick auf bestimmte Erfordernisse der Praktikabilität und des Geschäftsverkehrs verliehen ist ⁵⁾. Der Gegensatz zur juristischen Person sowie auch der zur Körperschaft darf also nicht überspitzt werden ⁶⁾.

Die allgemein für zulässig gehaltenen Ausgestaltungsmöglichkeiten bei den Personalhandelsgesellschaften wie auch die

1) ArchBürgR 40, 253.

2) S. 396 ff.

3) Vgl. etwa Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, S. 241; Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, S. 129; Buchwald, Nochmals zur Gewinnbesteuerung der personenbezogenen Unternehmen, Finanzrundschau 1955, 509; Brecher a.a.O. S. 247: Die OHG sei mehr als Gesamthand, jedoch weniger als Rechtsperson; für eine Doppelnatur der Gesellschaft in erster Linie: Fabricius S. 163.

4) Vgl. im einzelnen die kaum übersehbare Literatur zur Frage, inwieweit der OHG juristische Persönlichkeit zugesprochen werden soll. Gierke, Genossenschaftstheorie; Haff, Institutionen; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre; Larenz, Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft; Fabricius S. 163 m.w.N.

5) Wolff I S. 207 ff. ¹

6) J. v. Gierke S. 185.

nach wir vor umstrittene rechtliche Einordnung dieser Gesellschaftsformen müssen daher zu der Erkenntnis führen, daß man die Frage einer ausschließlichen Drittvertretung nicht mit dem Hinweis, eine derartige Vertretung sei ein Element von juristischen Personen oder Körperschaften, entscheiden kann.

§ 20 Entscheidung aus den Einzelstrukturelementen der Personalhandelsgesellschaft

Es hat sich aus der bisherigen Untersuchung ergeben, daß mit Hinweisen auf das "Wesen" der Personalhandelsgesellschaft, auf deren mangelnde körperschaftliche Struktur oder Rechtsfähigkeit eine Beantwortung der Frage nicht gewonnen werden kann. Es bedarf daher einer Prüfung, ob sich aus den einzelnen Strukturelementen der Personalhandelsgesellschaft eine Beantwortung der Frage herleiten läßt. Dabei kann es nur darum gehen, ob die Interessen der Gesellschafter und die der zu der Gesellschaft in Beziehung tretenden Dritten angemessen berücksichtigt werden können.

Die Begründungen mit den Einzelelementen der Gesellschaft, die sich auf deren Innenstruktur und auf ihre Stellung nach außen erstrecken, sind nun sehr mannigfaltige. Zunächst soll untersucht werden, ob die Beziehungen der Gesellschafter zueinander eine ausschließliche Drittvertretung ausschließen.

I. Innenverhältnis der Gesellschafter

1. Auswirkungen des Gesamthandsprinzips

Man könnte daran denken, eine ausschließliche Fremdvertretung mit dem Gesamthandsprinzip als nicht vereinbar anzusehen. Schopp führt aus, daß aus dem Wesen der gesamthänderischen Bindung folge, daß mindestens ein Gesellschafter nach außen immer zur Vertretung berechtigt sein müsse und nicht sämtliche Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden

können ¹⁾.

Das vom deutschen Recht entwickelte Gesamthandsprinzip besagt, daß mehreren Personen ein Sondervermögen "zur gesamten Hand" gehört. Die zu dem gemeinschaftlichen Sondervermögen gehörenden Gegenstände stehen den Gesamthändern nicht als einzelnen, sondern allen zusammen in ihrer Verbundenheit zu. Durch diese rechtliche Konstruktion ist dem einzelnen Mitglied in der Regel die alleinige Verfügungsbefugnis über die Gegenstände des Gesamthandsvermögens entzogen ²⁾. Das Gesetz hat aber hiervon abweichende Regelungen für die Personalhandelsgesellschaften getroffen. Während bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes Verfügungen über die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände den Gesellschaftern entsprechend der gesamthänderischen Zuständigkeit der Gesellschafter im Zweifel gemeinschaftlich zustehen, vgl. § 719 BGB, haben bei der OHG und KG die vollhaftenden Gesellschafter im Zweifel Einzelvertretungsmacht, welche sie berechtigt, allein über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zu verfügen.

Die Rechtsfigur der Gesamthand steht jedoch einer ausschließlichen Drittvertretung nicht entgegen. Der Tatsache, daß OHG und KG nach deutschem Recht Personenverbände zur gesamten Hand und nicht, wie z.B. im französischen Recht, juristische Personen sind, darf nicht allzu großes Gewicht beigemessen werden. Abgesehen davon, daß das Institut der Gesamthand noch nicht völlig befriedigend geklärt ist ³⁾, wird die Bedeutung dieses Instituts bei Personalhandelsgesellschaften durch die Geschlossenheit dieser Verbände, die sie stark den juristischen Personen annähert ⁴⁾, wesentlich abgeschwächt ⁵⁾.

1) Schopp Rechtspfleger 63, 186, 188; der BGH, Bd. 3, 354, entnimmt der Rechtsfigur der Gesamthand, daß sie der Abspaltung von Verwaltungsrechten entgegenstehe, wogegen sich Erman, Festschrift Nipperdey, S. 286, wendet.

2) Gierke ArchBürgR 19, 115.

3) Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 175 ff.

4) RG 56, S. 432; Hueck S. 24.

5) Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 405; vgl. auch Hueck S. 24; Gogos S. 24 Fn. 8; nicht ganz so weitgehend Weipert Anm. 33 ff. zu § 105.

Auch Gierke, der im III. Kapitel seiner Genossenschaftstheorie im Rahmen der Erörterung der Rechtsgemeinschaften zur gesamten Hand als "spezifisches Wesen" der Personalhandels-gesellschaft die Vertretung der Gesellschaft durch den Gesellschafter ansieht ¹⁾, spricht sich eindeutig dafür aus, daß die Vertretungsmacht allen Gesellschaftern entzogen werden könnte ²⁾, daß mithin dem Gesamthandsprinzip eine ausschließliche Drittvertretung nicht widerspreche.

Einige Beispiele aus dem deutschen Recht machen ferner deutlich, daß es eine zwingende Verbindung Gesamthand-Selbstvertretung nicht gibt. Schon das Beispiel einer Testamentsvollstreckung bei einer Miterbengemeinschaft, die ebenfalls eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist ³⁾, zeigt, daß allein Dritte befugt sein können, die Gesamthand zu vertreten; der Testamentsvollstrecker hat die ausschließliche Zuständigkeit für den Bereich des gesamthänderisch gebundenen Nachlasses ⁴⁾, im Außenverhältnis ist kein Erbe zur Vertretung ermächtigt. Auch zeigt die Tatsache, daß bei nichtrechtsfähigen Vereinen, die ebenfalls Personenverbände zur gesamten Hand sind ⁵⁾, nur Nichtmitglieder den Vorstand bilden können ⁶⁾, daß die Zuerkennung der Gesamthandeigenschaft für einen Verband nicht die Folge haben muß, daß eines der Mitglieder des Verbandes an der Vertretung beteiligt sein muß.

Daraus, daß OHG und KG Gemeinschaften zur gesamten Hand sind, läßt sich also das Verbot einer ausschließlichen Drittvertretung nicht herleiten ⁷⁾.

1) Genossenschaftstheorie S. 587.

2) Genossenschaftstheorie S. 588 Fn. 3.

3) Lange S. 554.

4) Lange S. 293.

5) Vgl. Staudinger § 54 Anm. 1.

6) Staudinger a.a.O. Anm. 17.

7) Im übrigen hat sich auch Erman a.a.O. S. 286, zu Recht dagegen gewandt, leichtfertig aus diesem Rechtsprinzip juristische Schlüsse zu ziehen. Er verweist darauf, daß das Argument des BGH, Bd. 3, 354, mit dem Gesamthandsprinzip sei eine Abspaltung des Stimmrechts von der Person des Gesellschafters unvereinbar, verfehlt sei. Der BGH sei auf dieses Argument danach auch nicht wieder eingegangen.

2. Verbot der Aufgabe eigener Rechtzuständigkeit

Das Kammergericht ¹⁾, Wilker ²⁾, Leyser ³⁾, Keutner ⁴⁾ und auch Schlegelberger ⁵⁾ verweisen darauf, daß ebensowenig wie eine natürliche Person oder ein Einzelunternehmer auch eine Personalhandelsgesellschaft sich freiwillig der rechtlichen Möglichkeit, sich selbst zu vertreten, begeben könne. In dem satzungsmäßigen Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung liege eine willkürliche Rechtsentäußerung, die nicht zulässig sei. Keineswegs könne die Rechtsordnung anerkennen, daß die Herbeiführung solcher Zustände der Willkür der betreffenden Subjekte unterläge. Wenn das Gesetz aus praktischen Gründen den Ausschluß von der Vertretung zuließe, so könne das nur bis zur Grenze begrifflicher Hindernisse gehen, die überschritten seien, wenn kein vertretungsberechtigter Gesellschafter mehr vorhanden sei ⁶⁾. Staub ⁷⁾ ergänzt diese Ausführungen noch mit dem Hinweis, daß die Gesellschafter, die selbst Träger des Gesellschaftsvermögens seien, nicht bestimmen könnten, daß Handlungen aller ihrer geborenen Vertreter, der Subjekte des Gesellschaftsvermögens, unverbindlich blieben.

Es handelt sich also um Bedenken, die unter dem Gesichtspunkt des "verdrängenden" ⁸⁾ Handelns oder der "privativen Ermächtigung" ⁹⁾ bekannt sind und in einen weiten Problem-

1) KGJ 52 A 90.

2) S. 25.

3) S. 48.

4) S. 34.

5) § 125 Anm. 11.

6) Leyser S. 48 ff.

7) § 124 Anm. 3.

8) Der Ausdruck stammt von Wieacker, Bodenrecht, S. 125.

9) Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandsverhältnis, S. 307 Fn. 29.

kreis einmünden ¹⁾. Mit den Argumenten gegen eine verdrängende unwiderrufliche Vollmacht, die von der h.M. scharf abgelehnt wird ²⁾, könnte auch der Ausschluß sämtlicher Gesellschaftler von der Vertretungsmacht bekämpft werden.

Trifft es aber für die Personalhandelsgesellschaften unter diesem Gesichtspunkt zu, daß ihre Mitglieder nicht bestimmen könnten, daß kein Gesellschaftler, sondern nur ein Generalbevollmächtigter die Vertretungsmacht ausübe?

Bevor auf die Frage näher eingegangen werden soll, ist es nützlich, einen Blick auf die Verteilung der Rechtssubjektivität bei OHG und KG zwischen den Gesellschaftern einerseits und der Gesellschaft andererseits zu werfen. Das Argument nämlich, ein Einzelkaufmann könne sich auch nicht der Wahrnehmung seiner Befugnisse völlig begeben, verlöre an Durchschlagskraft, wenn man der Gesellschaft eigene Rechtssubjektivität zuerkennt und sie auch rechtlich als die Inhaberin von Rechten und Pflichten der Gesellschaftergesamtheit ansähe. Der Gesichtspunkt einer etwaigen unzulässigen Selbstentmündigung könnte schon deshalb allein nicht durchgreifen, da juristische Personen sich nicht selbst dadurch entmündigen, daß sie nur durch ein Nichtmitglied vertreten werden. Erst die zusätzliche Erkenntnis, daß für die "Rechtspersonen" OHG und KG als rechtstechnisches Mittel zur Gewährleistung der Handlungsfähigkeit die Möglichkeit organschaftlicher Vertretungsmacht gegeben sein müsse, würde vielmehr dazu führen, daß eine ausschließliche Drittvertretung nicht möglich sei, da die organartige Vertretungsmacht von der Person des Gesellschafters nicht abgespalten werden kann.

1) Vgl. Müller-Freienfels S. 111, 124 ff., 127 ff. m.w.N.; für das Gesellschaftsrecht insbesondere Wiedemann S. 265; Brodmann, Ehrenbergs Handbuch IV, 2 Bd., S. 135; Würdinger, Aktienrecht, S. 11.

2) Müller-Freienfels S. 12 Fn. 99 m.w.N. Niemand könne auf seine Erwerbsmacht und Verpflichtungsfreiheit verzichten und sich selbst entmündigen; vgl. auch von Tuhr, Unwiderrufliche Vollmacht, Festschrift Laband 1908, S. 45, 60.

Mit der h.M. sind Personalhandelsgesellschaften aber als Gemeinschaften zur gesamten Hand und nicht als juristische Personen anzusehen. Sie sind zwar insoweit juristischen Personen angenähert, als sie gem. § 124 HGB Rechte und Pflichten unter "ihrer Firma" erwerben und eingehen können ¹⁾. Diese Fassung des Gesetzes darf aber nicht zu der Auslegung führen, die OHG als von den Gesellschaftern in jeder Hinsicht verschiedenes Zurechnungssubjekt zu behandeln ²⁾. Als von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt wird man sie nur insoweit ansehen können, als sie unter gemeinschaftlicher Firma im Handelsverkehr nach außen rechtlich tätig ist und vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Selbst wer der Gesellschaft als selbständigem Rechtssubjekt die Fähigkeit zuerkennt, am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, ohne damit deren Gesamthandscharakter zu leugnen, kann nicht verhehlen, daß die materiellen Wirkungen der Rechtshandlungen der Vertreter die Gesellschafter treffen.

Nur die Annahme, daß die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Bindung und jeweiligen Zusammensetzung die Personen sind, die Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft sowie Inhaber des Gesellschaftsvermögens sind ³⁾, vermag also dazu zu führen, an eine Selbstentmündigung der Gesellschafter zu denken.

Es fragt sich also, ob die Mitglieder einer OHG oder KG, wenn diese keine von der Summe ihrer Träger verschiedenen Personen sind ⁴⁾, bestimmen können, daß Handlungen aller ihrer Mitglieder rechtlich ohne Wirkung bleiben. Dafür, daß sich niemand des Rechts begeben kann, seine Angelegenheiten selbst zu erledigen, ist der Hinweis auf § 137 BGB nun das Hauptargument. Mit ihm wird auch die Möglichkeit einer unwiderruf-

1) Westermann, Handbuch, Rz. 49; vgl. auch Rz. 346; Weipert Anm. 2 zu § 124.

2) Hueck S. 23; Kurz S. 28; Schlegelberger § 105 Anm. 28 m.w.N.; RG 119, 67.

3) Vgl. Schlegelberger Anm. 28 zu § 105.

4) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 524.

lichen Vollmacht unter Beschränkung der konkurrierenden Rechtszuständigkeit des Vertretenen verneint ¹⁾. Aus dieser Vorschrift ergäbe sich nämlich, daß Abreden, wonach sich der Berechtigte verpflichtet, sich Verfügungen über seine Rechte zu enthalten, nur schuldrechtliche, nicht aber dingliche Wirkung zukommen könnten mit der Folge, daß die Wirksamkeit der von den Berechtigten vorgenommenen Rechtshandlungen ebenso unberührt blieben wie eine Verfügung, die trotz des entgegenstehenden Rechtsgeschäftes vorgenommen sei.

Erman ²⁾ weist aber darauf hin, daß Sondergesichtspunkte des Gesellschaftsrechts diese etwaigen Bedenken aus § 137 BGB ausräumen. Dies ergebe sich aus der gesamthänderischen Bindung in der Gesellschaft, bei der die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter nicht über das ihnen mitgehörige Gesamthandsvermögen verfügen könnten. Die von der Vertretung ausgeschlossenen einzelnen Gesellschafter seien ebenfalls nicht in der Lage, über das ihnen gehörige Gesamthandsvermögen mitzuverfügen.

Die durch das Gesetz für zulässig erklärte gesellschaftsvertragliche Regelung, daß ein Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden kann, muß als eine Ausnahme von dem im § 137 BGB anklingenden Grundsatz angesehen werden. Dadurch ist eine Untersuchung der problematischen Frage, inwieweit der Verfügungsbegriff im Sinne des § 137 BGB zu verstehen ist und inwieweit der Rechtsgedanke des § 137 auch hier Anwendung finden müßte, entbehrlich. Es genügt vielmehr der Hinweis auf Sondergesichtspunkte des Gesellschaftsrechtes, die in der Ausschließungsmöglichkeit der vollhaftenden Gesellschafter von der Vertretung ihren Ausdruck finden. Die Ausschließungsmöglichkeit eines vollhaftenden Gesellschafters von der Vertretung stellt nämlich auch eine partielle Selbstentmündigung dar.

1) Müller-Freienfels S. 129.

2) A.a.O. S. 281.

Zudem muß aber auch darauf verwiesen werden, daß die Gesellschafter nur untereinander, d.h. gegenüber den anderen gesamthänderisch mit ihnen verbundenen Mitgesellschaftern auf ihre Wahrnehmungsbefugnis verzichten. Während bei einer unzulässigen verdrängenden Vollmacht die Verpflichtung, sich aller Handlungen zu enthalten, dem Bevollmächtigten gegenüber eingegangen ist, ist hier eine Bindung nur untereinander eingegangen, die jederzeit durch "actus consensus" wieder aufgehoben werden kann, ohne daß aus dem Verhältnis zu dem Generalbevollmächtigten sich irgendwelche Bedenken ergäben. Der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht schlosse nämlich nicht aus, daß die dem Generalbevollmächtigten erteilte Generalvollmacht jederzeit widerrufen werden könnte und die Gesellschafter eine neue Vertretungsorganisation schafften. Die Gesamtheit der Gesellschafter wäre nicht nur durch den alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten verfügungsberechtigt, sondern könnte, ohne daß der Generalbevollmächtigte oder sonst irgend einer dies zu verhindern möchte, selbst wieder verfügen, sei es in der Form einer Gesamtvertretungsmacht durch alle Gesellschafter oder sei es auch in Abänderung der Vertretungsorganisation dahingehend, daß ein Gesellschafter die Vertretungsbefugnis erhielte.

Nun werden bei der OHG und KG die vollhaftenden Gesellschafter, sofern sie nicht von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen worden sind, als verfügungsbefugt bezeichnet ¹⁾. Es kann also bei der OHG und KG verfügungsbefugte und nichtverfügungsbefugte Gesellschafter hinsichtlich der Gegenstände des Gesamthandsvermögens geben. Für den Fall des Ausschlusses aller vollhaftenden Gesellschafter von der Vertretung könnte man deshalb der Ansicht sein, alle Gesellschafter hätten sich in unzulässiger Weise dieser Befugnis begeben. Eine gegen § 137 BGB verstoßende Aufgabe der Verfügungsbefugnis kann aber hier ebenfalls nicht anerkannt werden. Der Gesamtheit

1) Schreiber S. 28; Weipert § 125 Anm. 7; Wieland S. 480.

der Gesellschafter ist es nicht versagt, Verfügungen vorzunehmen oder doch zumindest einem der Gesellschafter die Vertretungsmacht zu übertragen. Daß der einzelne Gesellschafter nicht verfügen kann, beruht nicht auf seinem Verhältnis zu dem Generalbevollmächtigten, sondern zu seinen Mitgesellschaftern, so daß von einer nach § 137 BGB unzulässigen Verdrängung der Eigenzuständigkeit nicht die Rede sein kann.

Wenn Merkmal einer unzulässigen verdrängenden Vollmacht ist, daß der Prinzipal von dem Zeitpunkt der Bevollmächtigung an für die Dauer der Vollmacht nur noch zusammen mit dem Bevollmächtigten über einen Gegenstand verfügen kann ¹⁾, so muß demgegenüber festgestellt werden, daß hier die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung gleichwohl imstande wären, durch gemeinschaftliche Handlungen, und sei es auch erst nach Änderung der Vertretungsorganisation, Verfügungen vorzunehmen, ohne daß es der Zustimmung des Generalbevollmächtigten bedürfte. Da der alleinige Drittvertreter nicht verhindern könnte, daß die konkurrierende Zuständigkeit der Gesellschafter wieder auflebte, läge im eigentlichen Sinne des Problems also kaum eine verdrängende, schon gar nicht aber eine einer unwiderruflichen Vollmacht ähnliche Situation vor. Nicht die Generalvollmacht verdrängt die Zuständigkeit der Gesellschafter, sondern die zwischen ihnen bestehende, von ihnen selbst geschaffene vertragliche Bindung, die von den Gesellschaftern jederzeit wieder aufgehoben werden kann.

Nun ist richtig, daß es Personen grundsätzlich versagt ist, für ihre Person "das allem Rechtsverkehr vorgehende Organisationsrecht" zu verändern ²⁾ und sie nicht die Zuständigkeit, als Person handeln zu dürfen, aufheben können. Diese sonst gültige Rechtsregel vermag aber nicht zu hindern, daß die Vertretung unter Ausschluß aller Gesellschafter möglich ist ³⁾. Im Hinblick auf die Zuständigkeitsregelung bei der

1) So ausdrücklich Müller-Freienfels S. 126.

2) Müller-Freienfels S. 127.

3) Müller-Freienfels a.a.O.

OHG und KG ist nämlich, wie Müller-Freienfels ¹⁾ zeigt, den Gesellschaftern weitgehende Gestaltungsfreiheit vom Gesetzgeber eingeräumt worden, die Gesellschafter sind insbesondere nicht an ein "vorgegebenes Organisationsrecht" gebunden.

Das Ergebnis, daß alle in einer Personalgesellschaft zusammengeschlossenen Mitglieder, nicht aber Einzelpersonen sich ihrer konkurrierenden Zuständigkeit begeben können, mag zunächst überraschen. Es findet seine Erklärung aber darin, daß den Personalhandelsgesellschaften das Recht und die Fähigkeit vom Gesetzgeber zuerkannt ist, die Organisation der Zuständigkeit durch rechtsgeschäftliches Handeln untereinander zu bestimmen mit der Folge, daß Gesellschafter, obwohl Teilhaber des Gesamthandsvermögens und auch voll haftend, sich der Wahrnehmung eigenen Rechts begeben können, vgl. §§ 714 BGB, 125 HGB. Gegenüber der unwiderruflich verdrängenden Vollmacht bleibt der Unterschied, daß die Gesellschafter jederzeit ihre eigene Zuständigkeit wieder begründen könnten ²⁾.

Die Rechtslage ist also genauso zu beurteilen wie bei einem nichtrechtsfähigen Verein, bei dem es auch durchaus möglich ist, daß ein Nichtmitglied als Vorstand die Gesamtheit der Mitglieder allein vertritt ³⁾.

In der Bestellung eines Generalbevollmächtigten zum alleinigen Vertreter der Gesellschaft kann mithin keine unzulässige Selbstentmündigung der Gesellschafter gesehen werden.

3. Fehlen organschaftlicher Vertretung

Die vorstehenden Erörterungen schließen auch den Einwand aus, daß bei den Personalhandelsgesellschaften wie bei juristischen Personen die Möglichkeit "organartiger" Vertretung als rechtstechnisches Mittel für die Erlangung der Handlungsfähigkeit gegeben sein müsse.

1) A.a.O.

2) Müller-Freienfels S. 342 Fn. 22.

3) O. v. Gierke, Verein u. Rechtsfähigkeit, S. 19; Enneccerus-Nipperdey S. 701 Fn. 32.

Einmal bilden OHG und KG ohnehin keine selbständigen Rechtspersonen ¹⁾, sondern nur kollektive Einheiten, so daß "alles Tun, was die Handelsgesellschaft vermag, nur gemeinschaftliches Tun, niemals Betätigung eines selbständigen Gemeinwillens durch Organe" ist ²⁾.

Zum anderen ist die Notwendigkeit eines Vorhandenseins von Organen bei der juristischen Person als Folge des zwingenden Ausschlusses der Mitglieder von der Betätigung der gemeinschaftlichen Rechte und in der Organisation, die die Zuständigkeit vorschreibt, zu sehen ³⁾. Selbst ein einstimmiger Beschluß der Generalversammlung einer AG oder eines rechtsfähigen Vereins kann keine Rechtsänderung bewirken ⁴⁾. Der Typenzwang des Vereins- und Aktienrechts ⁵⁾ verbietet es, daß ein Vorstand bei einer AG oder bei einem rechtsfähigen Verein oder auch ein Geschäftsführer einer GmbH durch eine andere Form der Vertretung, etwa einen Verwaltungsrat, ersetzt wird.

Bei den Personalhandelsgesellschaften sind aber - wie gesehen - keine Zuständigkeiten zwingend vorgeschrieben. Die Gesellschafter können vielmehr ihre Zuständigkeit jederzeit

1) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 48, 349.

2) O. v. Gierke ArchBürgR 19, 123.

3) Burchardt S. 296; deshalb ist auch beim nichtrechtsfähigen Verein, bei dem die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Vorstand und Mitgliederversammlung fehlt, Erman-Westermann § 54, Anm. 3, kein Organ erforderlich, das die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat, sondern es genügt, daß der Vorstand rechtsgeschäftlich bestellter Bevollmächtigter ist, h.M.; Gierke, Verein und Rechtsfähigkeit, S. 19, 20; Enneccerus-Nipperdey § 116 IV 3; RGZ 91, 75; 135, 244. Zwar findet man vielfach geschrieben, daß der Organbegriff sich auch beim nichtrechtsfähigen Verein auswirke, vgl. Palandt § 54, Anm. 10, und es wird teilweise auch der entsprechenden Anwendung des § 31 BGB auf diesen das Wort geredet. Wegen des fehlenden zwingenden Ausschlusses der Mitglieder von der Betätigung der Rechte und Pflichten fehlt hier aber die Notwendigkeit des Vorhandenseins von Organen, es ergibt sich nur das Zurechnungsproblem.

4) Schreiber S. 27.

5) Vgl. Schreiber S. 136.

wieder herbeiführen ¹⁾, wenn die Gesellschaft nur durch einen Generalbevollmächtigten vertreten wird. Ohne zwingenden Ausschluß der Mitglieder von der Betätigung der gemeinschaftlichen Rechte kann deshalb eine Einheit des Handels auch durch die Bestellung eines einfachen Vertreters erreicht werden ²⁾.

Festzuhalten bleibt, daß bei einer Personalhandelsgesellschaft, bei der kein Gesellschafter die organartige Stellung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einnimmt, die Rechtssubjekte, die diese Gesellschaft bilden, sich nicht in unzulässiger Weise einer zwingend gebotenen organschaftlichen Vertretungsmacht begäben.

4. Verpflichtung zum Betrieb eines Handelsgewerbes

Es fragt sich, ob sich aus der Verpflichtung der Gesellschafter untereinander, ein "Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma" zu betreiben, das Erfordernis ableiten läßt, daß wenigstens ein Gesellschafter im Außenverhältnis aufzutreten berechtigt sein muß oder ob es auch möglich ist, daß die Gesellschafter die Leitung des Betriebes nach außen ausschließlich Nichtgesellschaftern überlassen ³⁾.

Die Personalhandelsgesellschaft muß nach herrschender und richtiger Ansicht stets Außengesellschaft sein, da der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma ohne Teilnahme am Rechtsverkehr nach außen nicht möglich ist ⁴⁾.

Mit dem Wort "Betreiben" ist vom Gesetzgeber zunächst nicht nur eine tatsächliche Beziehung, sondern in erster Linie eine rechtliche zwischen dem Handelsgeschäft und seinen In-

1) Müller-Freienfels S. 342 Fn. 22.

2) Ausdrücklich Müller-Freienfels S. 63 Fn. 59.

3) Dagegen: Bacmeister a.a.O.; Sohm LZ 09, 594, 599.

4) Vgl. Westermann, HandbÜch, Rz. 280.

habern gekennzeichnet ¹⁾. Betrieben wird ein Unternehmen von denjenigen, die die Träger der im Betriebe entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten sind ²⁾. Es kommt also darauf an, wer nach außen das Risiko des Unternehmens trägt ³⁾ und nicht darauf, wer persönlich tätig ist oder die Geschäfte vornimmt. Auch der von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, der voll haftet, betreibt hiernach ein Handelsgewerbe ⁴⁾. Die abweichende Ansicht von Sohm ⁵⁾, wonach nur der von der Vertretung nicht ausgeschlossene Personalhandelsgesellschafter ein Handelsgewerbe im Namen aller betreibt, ist abzulehnen ⁶⁾. Werden nämlich abweichend vom genormten Typ des vollhaftenden vertretungsberechtigten Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter geschaffen, verlieren sie noch nicht entgegen der Ansicht von Sohm, der den Begriff des Betreibens mehr von der Seite des Handelns als der des Einstehens für ein Risiko versteht, die Kaufmannseigenschaft, die ihnen nach der Rechtsordnung zukommt. Wie ein Einzelgewerbebetreibender nicht dadurch, daß er sein Unternehmen durch einen offenen Vertreter betreiben läßt und sich

1) Schlegelberger § 1 Anm. 20.

2) RG 13, 146; 37, 61.

3) Groschuff JW 35, 252; 36, 684.

4) Es entspricht h.M. (Würdinger in RGRK, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. § 1 Anm. 13 b; Schlegelberger § 105 Anm. 29; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 6; Haupt-Reinhardt S. 43; Julius von Gierke § 34 II 1; Ritter § 1 Anm. 2; Weipert § 105 Anm. 17; a.A. Hamel, Die Rechtsnatur der OHG, S. 62), daß alle vollhaftenden Gesellschafter (für die Kommanditisten ist die Frage nach wie vor sehr strittig) Kaufleute sind.

5) A.a.O.

6) Konsequenterweise hält er es dann für unmöglich, daß alle Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen werden können. Es sei zwar an sich nach der gesetzlichen Regelung möglich, daß alle Gesellschafter bis auf einen Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausgeschlossen seien und sich damit eines "Betreibens" im Außenverhältnis enthielten; daß keiner das Handelsgewerbe "betreibt", ist aber seiner Meinung nach unmöglich.

selbst jeglicher Betätigung enthält, seine Kaufmannseigenschaft verliert, verliert ebensowenig auch ein von der Vertretung ausgeschlossener Personalhandelsgesellschafter diese Eigenschaft ¹⁾. In beiden Fällen treffen im Ergebnis die Rechtsfolgen diejenigen, die der vollen Haftung unterliegen, also den Einzelgewerbebetreibenden sowohl als auch den Gesellschafter einer OHG oder den Komplementär einer KG ²⁾. In Übereinstimmung mit der h.M. läßt sich also feststellen, daß auch der Gesellschafter ohne Vertretungsmacht ein Handelsgewerbe betreibt.

Von diesem Rechtsstandpunkt ergibt sich, daß auch dann eine Gesellschaft gegeben ist, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, wenn ein Nichtgesellschafter alleiniger Vertreter wäre. Bedenken hiergegen äußert allerdings Bacmeister ³⁾, da, wenn sämtliche Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen seien und sie sich von einem Dritten "beliebig abhängig" gemacht hätten, diese das Geschäft "wohl kaum noch betreiben" würden. Diese Bedenken Bacmeisters sind aber nicht allzu schwer zu entkräften. Wenn man anerkennt, daß ein Gesellschafter, auch wenn er von der Vertretung ausgeschlossen ist, ein Handelsgewerbe im Sinne des § 105 HGB betreibt, kann sich daran nichts dadurch ändern, daß alle vollhaftenden Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind. Es kann nicht gesagt werden, die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter wären von einem Dritten beliebig abhängig. Einmal unterläge der Drittvertreter durchaus einer Bindung im Innenverhältnis und zum anderen könnten die Gesellschafter sogar Geschäftsführungsbefugnis haben, die es ihnen ermöglichte, weitgehend Einfluß auf den Gang der Gesellschaft auszuüben. Dagegen, den Begriff des "Betreibens" im Sinne eines Handelns zu verstehen, wie es auch Bacmeister tut, spricht auch, daß bei vielen heute für

1) Haupt-Reinhardt S. 34.

2) Zu allem ausführlich Kurz S. 58 ff.

3) A.a.O. S. 435.

zulässig erachteten Ausgestaltungsmöglichkeiten, z.B. bei der GmbH & Co., nur Nichthaftende für die Gesellschaft handeln können, während die eigentlichen Risikoträger von der Vertretung ausgeschlossen sind.

5. Die durch den gemeinsamen Zweck gebundenen gleichgerichteten Interessen der Gesellschafter

Die einzige begründete Stellungnahme des BGH zur Frage der Drittvertretung bei Personalhandelsgesellschaften erfolgte, wie schon erwähnt, im Rahmen der Prüfung, ob in einem Ausschließungsprozeß, der gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter geführt wird, diesem durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichtes die Vertretungsbefugnis entzogen und einem Dritten übertragen werden kann. Der BGH bekräftigt bekanntlich in dieser Entscheidung erneut den Grundsatz der Selbstorganschaft, betont jedoch, daß dieser nicht ausnahmslos gelten müsse. Wie die Regelung bei der Abwicklungsgesellschaft, bei der die Interessen auseinandergehen und bei der daher gem. § 146 Abs. 2 HGB im Liquidationsfall bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Bestellung eines Nichtgesellschafters zum Liquidator ausdrücklich für zulässig erklärt werde, vielmehr zeige, gelte dieser Grundsatz nicht um seiner selbst willen, sondern sei nur der "rechtlich adäquate Ausdruck für die Auffassung, daß in einerwerbenden Gesellschaft mit gleichgerichteten Interessen der Gesellschafter das Recht der Selbstbestimmung den Gesellschaftern allein zustehen soll und kann" ¹⁾. In einerwerbenden Gesellschaft mit den gleichgerichteten Interessen der Gesellschafter sei eine Drittvertretung ausgeschlossen.

Praktische Zweifel an der Richtigkeit des vom BGH aufgestellten Prinzips, wonach in einer werbenden Gesellschaft mit gleichgerichteten Interessen auch zumindest ein Gesellschafter an der Vertretung beteiligt sein müsse, ergeben sich aber

1) BGH 33, 109.

schon aus dem Hinweis auf die Klage der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters. Auch hier kann nämlich das Bedürfnis bestehen, für die Zeit des Entziehungsprozesses einen alleinvertretungsberechtigten Dritten durch einstweilige Verfügung zu bestellen ¹⁾. Die Interessenlage ist hier aber nicht typischerweise ebenso gelagert wie im Liquidationsstadium. Es handelt sich nämlich nicht um eine personelle Teilauseinandersetzung mit einem Gesellschafter, da alle Gesellschafter einschließlich des Beklagten auch an der Handelsgesellschaft interessiert bleiben. Wenn die Grundinteressen aber in diesem Fall gleichgerichtet bleiben, kann eine entsprechende Anwendung des § 146 Abs. 2 S. 1 HGB keine ausreichende Begründung für eine vorübergehende Drittvertretung abgeben ²⁾.

Darüber hinaus ergeben sich aber auch dogmatische Bedenken, die sich in erster Linie daraus herleiten, daß auch in einer werbenden Gesellschaft die Einzelinteressen der Gesellschafter durchaus nicht notwendigerweise übereinstimmen müssen.

Man muß sich klar machen, daß das Interesse des einzelnen Gesellschafters bei allen Gesellschaftsformen, bei der GmbH und AG sowohl als auch bei der OHG und KG, zunächst dahin geht, eigenen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen ³⁾. Jeder einer Erwerbsgesellschaft Beitretende strebt nach eigenem wirtschaftlichen Nutzen. Die Primärinteressen der in einer dieser Gesellschaftsformen zusammengeschlossenen Gesellschafter gehen also insoweit auseinander. Der Gesellschaftszweck ist lediglich Mittel zur Erfüllung der Primärinteressen der Gesellschafter. Zusammengefaßt durch diesen Gesellschaftszweck, der zumindest bei den Personalgesellschaften als Ver-

1) Hueck S. 218 Fn. 78; Wiedemann S. 376.

2) So richtig Reiff NJW 64, 1942; Wiedemann S. 375; Fischer LM, Anm. 8, 9, 10 zu § 140 HGB; Hueck, S. 218 Fn. 78, dagegen will wegen des dringenden Erfordernisses einer vorübergehenden Vertretung durch einen neutralen Dritten die mehr "theoretischen" Bedenken überwinden.

3) Hochgürtel S. 34.

tragsinhalt anzusehen ist, entsteht ein Bereich übereinstimmender Sekundärinteressen ¹⁾ der Gesellschafter, die das Geschäftsinteresse bilden.

Diesem Bereich der Sekundärinteressen ist bei den Personalgesellschaften der "gemeinsame Zweck" i.S.d. § 705 BGB zuzuordnen. Auch bei den Personalgesellschaften führt dieses zusätzliche Element der Gemeinsamkeit des Zweckes aber nicht notwendig zu einer Übereinstimmung der Primärinteressen der Beteiligten. Die Primärinteressen der einzelnen Gesellschafter, die Motive ihrer Beteiligung also, welche außerhalb des Vertrages bleiben, können durchaus auseinanderfallen ²⁾. Der gemeinsame Zweck setzt - mit anderen Worten - nicht notwendig Übereinstimmung der Interessen der Beteiligten voraus. Nur auf den Bereich der Sekundärinteressen bezogen kann es also im Sinne der BGH-Rechtsprechung vernünftigerweise "übereinstimmende Interessen" der Gesellschafter bei einer werbenden Gesellschaft geben ³⁾.

Man könnte mithin allenfalls sagen, die Bindung an den gemeinsamen Zweck, welche ein notwendiger Bestandteil der Personalhandelsgesellschaft ist und sie dadurch von anderen Gesellschaftsformen unterscheidet, ergäbe das Verbot einer ausschließlichen Fremdvertretung. Auch in einer werbenden GmbH, bei der eine Drittvertretung ohne weiteres möglich ist, pflegen die Interessen der Gesellschafter nämlich gleichgerichtet zu sein ⁴⁾. Nicht die Tatsache einer Interessenparallelität im Bereich der Sekundärinteressen allein kann die Perso-

1) Hochgürtel S. 35; Ballerstedt S. 254.

2) Ballerstedt JuS 63, S. 295, 3 b; Esser § 178, 3.

3) Diese hier vorgenommene Interpretation klingt übrigens auch bei Hueck an (JZ 61, S. 90 Anm. zu BGH 33, 108), wenn er ausführt, daß die Interessen der Gesellschafter durch den gemeinsamen Zweck der werbenden Gesellschaft gebunden und deshalb gleichgerichtet sind; vgl. auch BGH 33, 109, der beiläufig auf die durch den gemeinsamen Zweck verbundenen gleichgerichteten Interessen verweist.

4) Buchwald BB 61, 1343.

nalhandelsgesellschaft also von der GmbH und AG unterscheiden und eine ausschließliche Drittvertretung verbieten, sondern allenfalls der zum Vertragsinhalt erhobene gemeinsame Zweck der Personalgesellschaft. Es fragt sich also, ob die Bindung an den gemeinsamen Zweck auf die Organisation der Vertretung zwingende Rückschlüsse zuläßt.

Zu Fragen des Begriffes des gemeinsamen Zwecks ¹⁾ hat jüngst Ballerstedt ²⁾ Stellung genommen. Gemeinsam ist nach seiner Ansicht der Zweck dann, wenn jeder Partner ihn ebenso als den eigenen wie den Zweck des anderen zu fördern verspricht. Jeder Gesellschafter einerwerbenden Gesellschaft erklärt den gemeinsamen Zweck zu seinem eigenen, unabhängig davon, ob und inwieweit der Zweck jeweils dem eigenen oder dem Interesse der anderen entspricht. Die durch den gemeinsamen Zweck verbundenen Sekundärinteressen brauchen also keineswegs mit den Primärinteressen übereinzustimmen. Im Bereich der Sekundärinteressen gilt vielmehr eine "Überwindung des Fürsichseins der Individuen", die nur auf Grund besonderen wechselseitigen Vertrauens möglich ist ³⁾, und die das Element ist, welches den Primärinteressen der einzelnen Mitglieder die gemeinsame Richtung gibt ⁴⁾.

Auffallend ist nun, daß die Begründung des BGH sich auf das Innenverhältnis der Gesellschafter bezieht, denn Dritte bleiben außerhalb des durch den gemeinsamen Zweck geprägten Gesellschaftsvertrages der Gesellschafter. Dem vom BGH aufgestellten Satz, daß die Interessen der Gesellschafter durch den gemeinsamen Zweck derwerbenden Gesellschaft gebunden und gleichgerichtet seien und im Widerspruch zu einer Drittvertretung ständen, kann mithin die Bedeutung eines im Innen-

1) Bezgl. der Einzelheiten muß auf die umfangreiche Literatur verwiesen werden.

2) JuS 63, 255.

3) Hueck S. 2 ff.

4) Vgl. Zöllner S. 24; Müller-Erzbach AcP 154, 316: "In ihm laufen die Interessen aller Mitglieder zusammen".

verhältnis wirkenden Schutzprinzips zugunsten der Mitgesellschafter entnommen werden.

Nun ist den Gesellschaftern handelsrechtlicher Personalgesellschaften aber gerade im Innenverhältnis weitgehende Freiheit in der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse gewährt ¹⁾, §§ 163, 109 HGB, und nur eine allzu willkürliche, den Rechtsverkehr schädigende Vertragsgestaltung ausgeschlossen, vgl. § 123 Abs. 3, 126 Abs. 2, 128 Satz 2, 130 Abs. 2 HGB. Das HGB enthält zwar den Schutz Dritter bezweckende Vorschriften, jedoch keine zwingenden Bestimmungen für die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander.

Wegen der durch den Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern entstehenden engen Vertrauensgemeinschaft gilt zwar für das Innenverhältnis der Grundsatz des "höchstpersönlichen Charakters" der Gesellschaft, welcher besagt, daß alle aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsenden Ansprüche mit Ausnahme der Gewinne und der Liquidationsquote sowie der aus der Auseinandersetzung zu erstattenden Aufwendungen oder etwaigen Vergütungen für die Geschäftsführung nach § 717 BGB nicht abtretbar sind und der Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht übertragbar ist, § 719 BGB ²⁾. So entspricht es auch dem "höchstpersönlichen" Charakter der Gesellschaft, daß der Tod eines Gesellschafters nach dem Gesetz ³⁾ die Gesellschaft auflöst. Alle diese das Innenverhältnis der Gesellschaft regelnden Vorschriften sind aber nicht zwingenden Rechtes, sondern können abbedungen werden.

Eine Ausnahme von dem Prinzip der Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis bildet zwar die Unabtretbarkeit des Stimmrech-

1) Vgl. Paulick S. 34.

2) Ballerstedt a.a.O. S. 258, der das Prinzip dieser Vorschriften folgendermaßen formuliert: "Mit Rücksicht darauf, daß die Gesellschafter die Zweckgemeinschaft nicht mit beliebigen Personen, sondern gerade mit diesen Partnern eingehen wollten, würden die bezeichneten Rechte in der Hand eines Zessionars nicht mehr ihre Identität im Rechtssinne behalten".

3) §§ 727 BGB und 131 Nr. 4 HGB.

tes ¹⁾. Der Grund hierfür liegt aber nach h.M. darin, daß das Stimmrecht untrennbar Bestandteil der Mitgliedschaft sei ²⁾. Dieser Grund kann der Übertragung der alleinigen Vertretungsmacht auf einen Dritten aber nicht entgegenstehen, weil es nach § 125 Abs. 1 HGB zulässig ist, dem einzelnen Gesellschafter die Vertretungsbefugnis, also die Befugnis, zugleich in fremdem und eigenem Namen zu handeln ³⁾, zu nehmen. Vorschriften, die den Schutz der Mitgesellschafter im Innenverhältnis betreffen, sind also grundsätzlich abdingbar ⁴⁾.

Die Bindung des gemeinsamen Zweckes, die nur für die Gesellschafter besteht, vermag nun sicherlich zu verhindern, daß Dritte, die nicht Mitglieder der durch den gemeinsamen Zweck verbundenen Gemeinschaft sind, gegen den Willen einzelner Mitglieder zur Vertretung berechtigt sind, denn die Gesellschafter wollten die Gesellschaft gerade mit bestimmten Personen und Vertretern. Es kann aber nicht überzeugen, daß durch eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, die Dritten die alleinige Vertretungsmacht einräumen würde, die Gesellschafter sich eines Schutzes begäben, der wegen der Bindung an den gemeinsamen Zweck unverzichtbar wäre. Unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses der Gesellschafter zueinander den Grundsatz der Abdingbarkeit aufzugeben, beruht auf keinem schutzwürdigen Interesse der Gesellschafter. .

Es muß ferner in diesem Zusammenhang an die Stellungnahmen des BGH, Huecks u.a. zur Frage des Ausschlusses aller Ge-

1) BGH 3, 354; 20, 363; Weipert § 119 Anm. 9; Schlegelberger § 119 Anm. 1.

2) Hueck S. 121 ff. m.w.N.

3) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 192.

4) So ist z.B. auch Holch, DNotZ 58, 282, 288, der Auffassung des BGH, daß das Stimmrecht mit Einwilligung aller Mitglieder einer Gesellschaft nicht losgelöst von der Mitgliedschaft übertragen werden könne, mit dem sicherlich nicht ohne weiteres von der Hand zu weisenden Argument, daß im Innenverhältnis der Gesellschafter Vertragsfreiheit herrsche, entgegengetreten.

sellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis erinnert werden. Sie bejahen in Übereinstimmung mit der h.M. ¹⁾ diese Frage. Im Innenverhältnis der Gesellschafter herrsche Vertragsfreiheit, und die nur im Innenverhältnis wirkende Tätigkeit der Geschäftsführung könne auch allein von Nichtgesellschaftern unter Ausschluß aller Gesellschafter von der Geschäftsführung wahrgenommen werden ²⁾. Es vermag nicht zu überzeugen, warum die durch den gemeinsamen Zweck verbundenen Interessen der Gesellschafter im Hinblick auf das Innenverhältnis der Gesellschafter und das vertragliche Band des gemeinsamen Zweckes nicht ebenfalls zu einem Verbot des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Geschäftsführung führen müßten.

Letztlich kann man sich aber auch Folgendem kaum verschließen. Wenn schon bei einer im Auflösungsstadium sich befindlichen Gesellschaft wegen der nun auseinandergehenden Interessen gem. § 146 Abs. 2 HGB eine ausschließliche Drittvertretung möglich ist, und zwar sogar gegen den Willen einiger Gesellschafter, § 146 Abs. 2 HGB, müssen doch - wieder unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander gesehen - die Gesellschafter erst recht mit vollem gegenseitigen Einverständnis in der Lage sein, sich gegenseitig der Vertretungsbefugnis zu begeben und einem Dritten die alleinige Vertretungsmacht der Gesellschaft zu über-

1) BGH 33, 108; Düringer-Hachenburg § 114 Anm. 4; Weipert § 114 Anm. 10; Lehmann-Ring § 114 Anm. 4; Hueck S. 85; Fischer NJW 59, S. 1061; verneinend Schlegelberger § 114, Anm. 6; Staub § 114 Anm. 5.

2) Der BGH hat zwar in einer Entscheidung, JZ 62, 362, ausgeführt, die gesellschaftliche Geschäftsführungsbefugnis könne nicht auf einen Dritten übertragen werden. Der BGH erkennt aber an, daß ein Dritter mit der gesamten Geschäftsführungsbefugnis betraut werden kann. Der dogmatische Unterschied ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, es ist der von Hueck in einer Anmerkung zu dieser BGH-Entscheidung vertretenen Auffassung zuzustimmen, wonach ein sachlicher Unterschied gegenüber der Ansicht, die gesellschaftliche Geschäftsführungsbefugnis könne auf einen Dritten übertragen werden, nicht besteht.

tragen. Ein möglicherweise erfolgreicher Einwand, daß hierbei die Interessenlagen einerwerbenden und einer im Stadium der Auflösung befindlichen Gesellschaft nicht genügend getrennt würden, kann bereits dadurch entkräftet werden, daß - wie oben gesehen - eine werbende Gesellschaft auch dann noch von Gesellschaftern betrieben würde, wenn sich alle von der Vertretung ausgeschlossen hätten. Eine werbende Gesellschaft ist nämlich auch dann gegeben, wenn kein Gesellschafter die Vertretung ausübt.

Die Bindung aller Gesellschafter an den gemeinsamen Zweck steht also der Übertragung der Alleinvertretung auf einen Nichtgesellschafter nicht entgegen.

6. Prinzip der Unternehmerhaftung im Hinblick auf den Schutz der Gesellschafter

Die Richtigkeit der Auffassung, daß ein Generalbevollmächtigter alleiniger Vertreter einer Personalhandelsgesellschaft sein könne, wird man vielleicht auch aus folgender Erwägung in Frage stellen können. Bei der Personalhandelsgesellschaft müßten sich Vertretung und Verantwortung decken, um zu gewährleisten, daß Führung und Eigentum nicht auseinanderfielen. Da das Wesen der Personalhandelsgesellschaft auch im persönlichen Einsatz der Gesellschafter und in ihrem "moralischen" Geradestehen für die Handlungen der Gesellschaft bestehe, müsse ein eigenverantwortlicher Gesellschafter immer vorhanden sein ¹⁾.

Man muß bei diesem als "Unternehmerhaftung" zu umschreibenden Prinzip sogleich an den von Müller-Erbach in mehreren Schriften dargelegten Zusammenhang von Herrschaft und Haftung denken, demzufolge "keine Herrschaft ohne Haftung" möglich sein soll ²⁾. Nun ist hier nicht der Ort, sich einge-

1) Schlegelberger § 125 Anm. 11; Weipert § 125 Anm. 4.

2) Vgl. etwa Müller-Erbach, Haftung, 737 ff.; derselbe AcP 154, 299 ff.; auch Wiedemann S. 327 Fn. 3 m.w.N.

hend mit dieser Lehre auseinanderzusetzen. Man muß sich aber darüber im Klaren sein, daß dieser Grundsatz z.T. - wie etwa im französischen Recht - ¹⁾ als dem Schutz der Mitgesellschafter dienend angesehen wird ²⁾, z.T. aber auch - wie im englischen Recht die Theorie vom "holding out" ³⁾ - als Anwendung der Lehre von der Kundgabe an die Öffentlichkeit verstanden wird ⁴⁾. Da es hier noch um die Betrachtung des Innenverhältnisses der Gesellschafter geht, muß geprüft werden, ob im Hinblick auf den Schutz der Mitgesellschafter unter dem Gesichtspunkt der Unternehmerhaftung Bedenken gegen eine Ausübung der Alleinvertretungsmacht durch einen Generalbevollmächtigten bestehen.

Dabei sei vorab der dem Schutz der Gesellschafter dienende umgekehrte Grundsatz "keine Haftung ohne Herrschaft", der nicht immer genügend von dem hier zu erörternden Prinzip getrennt wird, erwähnt. Dieser Grundsatz besagt, daß es nicht zulässig sei, daß dem unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafter einer Personalhandelsgesellschaft seine Entscheidungsfreiheit ohne dessen Zustimmung genommen werde ⁵⁾. Ein Verstoß gegen dieses Prinzip, das tatsächlich der Idee von Freiheit und Gleichheit der Person im Privatrecht wohl eher entspricht als dem Gedanken der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung ⁶⁾, steht hier aber bereits deshalb nicht zu befürchten, da sich die Gesellschafter bei der Vertretung der Gesellschaft allein durch einen Generalbevollmächtigten freiwillig der Entscheidungsgewalt eines Dritten unterwerfen.

1) Würdinger, Arbeitsbericht, S. 33, 34.

2) So Schlegelberger § 125 Anm. 11.

3) Würdinger a.a.O.

4) Weipert § 125 Anm. 4.

5) Siebert, Festschrift Hueck, S. 321, 334, 335; vgl. auch Richardi S. 42.

6) Wiedemann S. 329.

Der Generalbevollmächtigte verpflichtet die Gesellschafter also nur mit deren zumindest generellem Einverständnis. Daß der Grundsatz "keine Haftung ohne Herrschaft" dispositiver Natur ist, vermag auch ein Hinweis auf vom Gesetz selbst ermöglichte Ausgestaltungsformen zu zeigen. So "herrschen" die geschäfts- und vertretungsberechtigten Gesellschafter, während auch die von der Geschäftsführung und Vertretungsmacht ausgeschlossenen Gesellschafter "haften" ¹⁾.

Aber auch wegen eines Verstoßes gegen eine notwendige Verknüpfung von Herrschaft und Haftung im Sinne des Grundsatzes "keine Herrschaft ohne Haftung" kann der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretungsmacht und die Ausübung der Vertretung ausschließlich durch einen Generalbevollmächtigten nicht unzulässig sein. In bezug auf das Innenverhältnis der Gesellschafter können die Hinweise auf eine notwendige Verbindung von "Eigentum und Leitung" oder "Mitgliedschaft und Verantwortung", die bei der Leitung der Gesellschaft lediglich durch einen nicht persönlich haftenden Generalbevollmächtigten nicht mehr gegeben ist, nicht überzeugen ²⁾. Ein Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung in dem Sinne, daß nur der herrschen soll, der auch haftet, kann dem geltenden Personalhandelsgesellschaftsrecht als zwingende Gesetzesregel nicht entnommen werden. Es hat auch hier in erster Linie zu gelten, daß den Schutz der Gesellschafter bezweckende Grundsätze dispositiver Natur sind ³⁾. Die Gesellschafter können sich ohne weiteres freiwillig einem

1) Baur S. 268.

2) Vgl. etwa den Hinweis Buchwalds BB 61, 1342, wonach die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafter wenigstens die Gewißheit haben müssen, daß die, für deren Handlung sie persönlich haften, ebenfalls mit ihrem ganzen Vermögen eintreten müßten.

3) Staab BB 59, 436.

Fremdeinfluß aussetzen ¹⁾.

Ein Zusammenhang von Leitung und Eigentum besteht, bezogen auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander, weder im allgemeinen im Deutschen Recht noch im besonderen im Recht der Personalhandelsgesellschaften ²⁾. Der Gesichtspunkt, daß das soziale Verantwortungsempfinden und die Gesundheit des Wirtschaftslebens leiden müßten, wenn die Verantwortung des einzelnen weniger weit reiche als sein Einfluß ³⁾, kann für das geltende Recht nicht anerkannt werden.

Die Ausführungen des Arbeitsberichtes des Ausschusses für das Recht der Personalgesellschaften der Akademie für Deutsches Recht bestätigen dies im Rahmen von de lege ferenda anzustellenden Erwägungen ⁴⁾: "Mit einer solchen Regelung wäre dem nach Vereinigung von Risikobeherrschung und Haftung drängenden rechtsethischen Prinzip Rechnung getragen Die Verwirklichung des rechtsethischen Prinzips (führt) so sehr es vom theoretischen Standpunkt begründet erscheint, zu großen praktischen Schwierigkeiten ... Das rechtsethische Prinzip vermag daher lediglich die Richtung zu weisen, ... die Bedürfnisse der Praxis aber hindern daran, den Weg bis zu den letzten Konsequenzen zu verfolgen". Es mag sein, daß Müller-Erzbach Recht hat, wenn er wiederholt betont, die persönliche Haftung wirke erzieherisch und stärke das Verantwortungsbewußtsein ⁵⁾. Auch mag es unter diesem Gesichts-

1) Vgl. etwa die Ermöglichung starken Fremdeinflusses bei Stimmrechtsverträgen, Spengler, Festschrift Möhring, S. 172; weder haftet auch ein maßgebender Prokurist, der Vorstand einer AG noch auch ein Kreditgeber, der sich weitgehendsten Einfluß auf die Geschäftsleitung zusichern läßt, vgl. Silberschmidt LZ 32, Spalte 1330; auch der BGH, NJW 66, 1309, merkt jüngst zu Recht an, daß, hätte der Gesetzgeber anderes gewollt, er den Rechtssätzen bei der GmbH und AG über die Handlungsfähigkeit und Haftung zwingenden Charakter beigelegt hätte.

2) Raiser, Verhandlungen des 39. DJZ B 57 ff., S. 73.

3) Müller-Erzbach, Haftung, S. 737.

4) S. 32.

5) Handelsrecht, S. 180 ff.

punkt wirtschaftspolitisch wünschenswert sein, Rechtsformen zu fördern, die eine Verbindung von Herrschaft und Haftung gewährleisten. Man denke an das persönliche Band zwischen dem Unternehmer und seinen Angestellten, die Ächtung bei einem Zusammenbruch des Unternehmens und auch das Bewußtsein, für sich selbst zu schaffen ¹⁾. Es ist jedoch nicht zulässig, aus wirtschaftspolitischen Zielen allgemeinverbindliche Rechtssätze ableiten zu wollen ²⁾. Die These vom Gleichgewichtsverhältnis zwischen Macht und Verantwortung bleibt den Beweis dafür schuldig, daß sie überhaupt im deutschen Recht verankert ist ³⁾.

Man muß daher im Hinblick auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander davon ausgehen, daß es de lege lata keinen Rechtssatz gibt, der zwingend bestimmt, daß der, der die alleinige Herrschaft ausübt, auch immer selbst haften muß ⁴⁾.

Überdies zeigen die Beispiele der praktisch alleinigen Unternehmensleitung durch einen von den Beschränkungen des § 49 Abs. 2 HGB befreiten Generalbevollmächtigten bei einer Personalhandelsgesellschaft oder der Zulässigkeit der Aufnahme einer juristischen Person als alleinigen Komplementär für eine KG, daß das Prinzip der Unternehmerhaftung bei Personalhandelsgesellschaften weitgehend durchbrochen ist. "Denn wie die Rechtsentwicklung der letzten 50 bis 60 Jahre lehrt, ist die Führung eines Handelsgeschäftes mit einer nur beschränkten Haftung durch eine einzelne oder durch mehrere natürliche Personen aus unserem Rechtsleben überhaupt nicht mehr

1) Vgl. Hachenburg, Umwandlung von Kapitalgesellschaften, 1935, S. 7.

2) Wiedemann S. 328.

3) BGH NJW 66, 1309.

4) Absolut herrschende Meinung; bzgl. der weiteren Einzelheiten sei verwiesen auf Wiedemann S. 328; Hesselmann S. 128; Raiser a.a.O.; H.-J. Müller, Diss. S. 78 bis 82; Silberschmidt LZ 1932, Spalte 1929; vgl. auch Mestmäcker a.a.O. S. 25; Bösebeck, Kapitalistische KG, S. 66 ff.; a.A. außer Müller-Erzbach in erster Linie Haupt-Reinhardt S. 79.

fortzudenken. Man braucht insoweit nur auf die Rechtsfigur der Einmann-Gesellschaft und der GmbH & Co. zu verweisen" ¹⁾. Zu der hier aufgeworfenen Frage hat also auch der BGH in dieser neueren Entscheidung in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht Stellung genommen ²⁾. Der BGH betont zu Recht, daß der Gesetzgeber zwar in seiner dispositiven Regelung der Personalgesellschaften wie auch der stillen Gesellschaften davon ausgehe, daß Unternehmensleitung und persönliche Haftung in einem inneren und unmittelbaren Zusammenhang ständen. Daraus könne jedoch nicht abgeleitet werden, daß es sich um einen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz handle, der bei einer anderen gesellschaftsvertraglichen Verteilung der Macht in einer dieser Gesellschaftsformen stets zu beachten sei.

Die Beziehungen der Gesellschaften untereinander gebieten also nicht zwingend, daß ein alleinvertretungsberechtigter Nichtgesellschafter voll haften müßte.

7. Fehlende Bestimmungen über die Bestellung und Abberufung eines Drittvertreters

Neuerdings hat Wiedemann ³⁾ unter Hinweis auf die sehr unterschiedlichen, sich teilweise widersprechenden Begründungen für das Verbot ausschließlicher Drittvertretung ausgeführt, daß alle Begründungen, soweit sie von der Verbindung von Mitgliedschaft und Verantwortung oder Geschäftsführung und Unternehmensfunktion ausgingen, wenig überzeugten, weil bei den Personalhandelsgesellschaften für die Gesellschafter keine Pflicht zur Übernahme der Geschäftsleitung bestände. Durchschlagender Einwand gegen eine ausschließliche Drittorganschaft ist für ihn allein, daß das HGB Organisationsformen zur Verfügung stelle, in der die "Kontrolle der Gesellschaftsorgane durch die Verbindung zur Mitgliedschaft" geregelt sei,

1) BGH NJW 66, 1309, 1310.

2) BGH a.a.O.

3) S. 372.

§§ 125, 127 HGB; diese Ordnung sei funktionsfähig und sachgerecht.

Diese auf die hier abgelehnte Dritttorganschaft bezogenen Argumente führen aber nicht zu einem Verbot ausschließlicher Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten. Die von Wiedemann vertretene Ansicht ist schon bedenklich, weil auch bei der von der h.M. und von Wiedemann ¹⁾ selbst vertretenen Ansicht, daß der Ausschluß aller Gesellschafter von der Geschäftsführung und die alleinige Ausübung durch einen Dritten möglich sei, das HGB keine Organisationsform zur Verfügung stellt, in der die Bestellung und Abberufung des Fremdgeschäftsführers durch die Verbindung zur Mitgliedschaft geregelt wäre ²⁾. Es ist sicherlich auffallend und sogar ein Indiz für die Richtigkeit der Ansicht Wiedemanns, daß im HGB Vorschriften über Auswahl, Bestellung, Abberufung und Schadensersatzverpflichtung von alleinvertretungsberechtigten Nichtgesellschaftern fehlen, zumal auch § 127 HGB nur die Entziehung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters, nicht aber die eines Nichtgesellschafters erwähnt. Daraus aber zwingend folgern zu wollen, daß eine Vertretung der Gesellschaft nur durch Gesellschafter möglich sein müsse, erscheint nicht angängig. Abgesehen davon, daß Gleiches für die Geschäftsführungsbefugnis durch Dritte zu gelten hätte, ist sehr wohl eine anders ausgestaltete Organisation denkbar. Wiedemann selbst stellt auch fest, daß es z.B. im Schweizer Recht für zulässig gehalten werde, die Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters zu binden an die Zustimmung eines Prokuristen ³⁾. Wenn Wiedemann darlegt, eine andere Organisationsform zwischen dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu dem vertretungsberechtigten Dritten müßte erst durch die Rechtsprechung geschaffen wer-

1) S. 371.

2) Vgl. §§ 109, 114 Abs. 2, 117 HGB.

3) Siegwart, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, zu Artikel 554-556 OblR Nr. 28, 29.

den, wofür aber kein wirtschaftliches Bedürfnis bestehe, weil man in andere Gesellschaftsformen mit Fremdvertretung ausweichen könne, so muß man ihm entgegenhalten: Erstens wird vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Bedürfnisses die Entscheidung der Streitfrage kaum abhängig gemacht werden dürfen und zweitens wird nach der hier für richtig erkannten Ansicht im Fall z.B. der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen Komplementärs einer zweigliedrigen KG sehr wohl sowohl ein wirtschaftliches als auch sogar ein rechtliches Bedürfnis daran bestehen kann, die Personalhandelsgesellschaft durch einen Dritten ausschließlich vertreten sein zu lassen.

Wenn es das Gesetz unterläßt, die Bestellung, Kontrolle und Abberufung eines Drittorgans zu regeln, so ist damit nicht gesagt, daß ein alleinvertretungsberechtigter Generalbevollmächtigter, also ein "erweiteter" Prokurist, nicht alleiniger Vertreter der Gesellschaft sein könnte. Zwingende Einwände eines Verbots einer ausschließlichen Drittvertretung sind also auch den Gedankengängen Wiedemanns nicht zu entnehmen.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen des § 19 ist also, daß das Verhältnis der Gesellschafter untereinander keine Gründe dafür enthält, die Vertretung der Personalhandelsgesellschaft allein durch einen Nichtgesellschafter und einen damit verbundenen Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung in Frage zu stellen.

II. Außenverhältnis der Gesellschaft

Es soll nun untersucht werden, ob der Schutz Dritter es verbietet, daß die Gesellschaft lediglich durch einen Generalbevollmächtigten vertreten wird und ob die Stellung der Gesellschaft im Rechts- und Geschäftsverkehr zwingend gebietet, daß mindestens einer der persönlich haftenden Gesellschafter Vertretungsmacht haben muß.

1. Rechtsprinzip von Herrschaft und Haftung

Es hat, wie bereits erwähnt, nicht an Versuchen gefehlt, eine alleinige Drittvertretung mit dem Hinweis abzulehnen, daß

eine damit einhergehende Loslösung der Unternehmerfunktion von der Gesellschafterstellung der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung widerspräche. Es muß deshalb auch die Frage aufgeworfen werden, ob es im Hinblick auf das Außenverhältnis der Personalhandelsgesellschaft möglich ist, daß nur eine nicht haftende Person über die Gesellschaft herrscht.

Während unter dem Gesichtspunkt des Innenverhältnisses der Gesellschafter der Zusammenhang von Herrschaft und Haftung unter dem Leitsatz "wer den Nutzen hat, muß auch den Schaden tragen" zusammengefaßt werden könnte ¹⁾, geht es dabei unter dem Gesichtspunkt des Außenverhältnisses mehr um das Prinzip "jeder muß sich so behandeln lassen, wie er im Rechtsverkehr auftritt" ²⁾.

Viele ausländische Rechte ordnen nun die unbeschränkte Haftung des an der Unternehmensleitung nach außen beteiligten Kommanditisten an ³⁾. Im englischen Recht läßt z.B. der limited partnership act von 1907 im Art. 6 Abs. 3 den Kommanditisten unbeschränkt einstehen für die Schulden, die in seiner Gesellschaft entstanden sind, während er dem Verbot des Art. 1 zuwider an der Leitung der Geschäfte nach außen teilgenommen hat ⁴⁾. Auch das Schweizer Recht ⁵⁾ hat die Haftung des Kommanditisten an ein Handeln nach außen geknüpft. Dies Prinzip hatte auch im Art. 167 Abs. 3 ADHGB seinen Niederschlag gefunden, wonach ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schloß, ohne ausdrücklich zu erklären, daß er nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle, aus diesen Geschäften gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet wurde. Hieraus haben einige ein rechtsethisches Prinzip auch für das geltende Deutsche Recht abgeleitet, wonach den Handelnden zugleich auch die volle per-

1) Wiedemann S. 328; Mestmäcker S. 25.

2) Wiedemann a.a.O.

3) Würdinger, Arbeitsbericht, S. 32 m.w.N.; H. J. Müller, Diss. S. 78 ff., 95. '1

4) Würdinger a.a.O. S. 32.

5) OblR Art. 605.

sönliche Haftung zu treffen habe. Müller-Erbach ¹⁾ hat die bekannte Forderung aufgestellt, das Recht dürfe eine haftungsbefreite oder haftungsbeschränkte Herrschaft nicht dulden, sondern müsse bestrebt sein, das Verantwortungsbewußtsein der Verbandsbeteiligten zu stärken ²⁾. Hieran anknüpfend schlägt Müller ³⁾ vor, einen alleinvertretungsberechtigten Nichtgesellschafter einer "Funktionshaftung" zu unterwerfen.

Den Beweis für die verbindliche Geltung eines Verbots einer haftungsbefreiten Herrschaft im Außenverhältnis als Ausfluß eines Gleichgewichtsverhältnisses im gegenwärtigen deutschen Recht führt Müller-Erbach jedoch nicht ⁴⁾. Seine Beweisführung, die sich stark an das angelsächsische Recht anlehnt und de lege ferenda erwägenswert sein mag, vermag nicht zu überzeugen, weil dem ausländischen Recht vom deutschen Recht abweichende Rechtssätze und Wertordnungen zugrunde liegen. Müller-Erbach ⁵⁾ selbst muß auch feststellen, daß der deutsche Gesetzgeber de lege lata entscheidend auf die Kundgebung abstellt, so wenn z.B. ein vertretungsberechtigter Gesellschafter einer GmbH seine beschränkte Haftung im Handelsregister verlautbart und dadurch gegen weitere Inanspruchnahme geschützt wird oder wenn ein für eine stille Gesellschaft handelnder stiller Gesellschafter voll haftet ⁶⁾. Die Haftung eines Gesellschafters beruht also im deutschen Recht auf einer Erklärung an die Öffentlichkeit ⁷⁾ oder auf veranlaßtem

1) Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 737, 738; ihm folgend: Haupt-Reinhardt S. 79; Boesebeck, Kap. KG, 66 ff.; vgl. auch Kuhn S. 167.

2) Vgl. auch Müller-Erbach AcP 154, 299, 317; folgerichtig will er z.B. auch eine juristische Person, die kein eigenes Verantwortungsbewußtsein entwickeln kann, wegen ihrer beschränkten Haftung nicht als Mitglied einer Personalhandelsgesellschaft zulassen.

3) NJW 55, 1991.

4) Ähnlich Houben S. 107; Wiedemann S. 326; auch Baur S. 268 u.a.m.

5) Festschrift Heymann S. 737.

6) Vgl. RG 31, 33 ff.

7) RG 93, 227; 142, 98.

Rechtsschein ¹⁾, während auf die wahre Einflußnahme nicht abgestellt wird.

Der Stellung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters in einer Personalhandelsgesellschaft ist nun die unbeschränkte Haftung wesensgemäß ²⁾, und es läßt sich schwerlich bestreiten, daß das Prinzip von Herrschaft und Haftung Element der typisch organisierten Personalhandelsgesellschaft ist ³⁾. Daraus aber, daß das Gesetz von einem Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung ausgegangen ist und der vollhaftende handlungsbefugte Komplementär einerseits und der beschränkt haftende nichthandelsbefugte Kommanditist andererseits dem vom Gesetzgeber gesehenen Idealfall entsprechen, kann nicht hergeleitet werden, daß eine erweiterte umfassende Bevollmächtigung, sei es für einen Kommanditisten oder auch für einen allein vertretungsberechtigten Nichtgesellschafter, Wegfall der Haftungsbeschränkung oder der -befreiung zur Folge haben müßte. Daß der Gesetzgeber durch das Prinzip von Herrschaft und Haftung ein zwingendes Element in das Personalhandelsgesellschaftsrecht eingeführt hat, ist nicht ersichtlich. Das deutsche Recht, das auch umgekehrt nicht anordnet, daß der an der Vertretung nicht beteiligte Komplementär auch nur der beschränkten Haftung unterliege ⁴⁾, läßt eben zu, daß der mit großer Machtbefugnis ausgestattete Vorstand einer AG und auch der Generalbevollmächtigte eines Einzelhandelsgeschäftes oder einer Personalhandelsgesellschaft überhaupt nicht persönlich haften, während andererseits ein

1) RG 145, 158; vgl. auch Bildermann, Der minderjährige Gesellschafter, S. 85.

2) Richardi S. 24.

3) Vgl. §§ 164, 170 HGB.

4) Dies ist zwar teilweise als mangelhaft angesehen worden, und der Ausschuß für das Recht der Personalhandelsgesellschaften der Akademie für deutsches Recht hat den Vorschlag gemacht, der persönlich haftende Gesellschafter, der von der Einflußnahme auf die Gesellschaft ausgeschlossen sei, solle auch von der unbeschränkten Haftung befreit werden (Würdinger a.a.O. S. 45 ff.). Dieser Vorschlag ist aber nicht Gesetz geworden und deshalb de lege lata auch nicht zu beachten.

machttloser Komplementär einem großen Haftungsrisiko unterliegt. Eine zwingende allgemeingültige Anordnung des Gesetzes, wonach Herrschaft und Haftung im Außenverhältnis einander zu entsprechen hätten, ist also auch für die Personalhandelsgesellschaften nicht gegeben ¹⁾. Der Ausschuß für das Recht der Personalhandelsgesellschaften hat zwar befürwortet, auch den Kommanditisten, der maßgeblichen Einfluß auf die Geschäftsleitung nimmt, mit der vollen Haftung zu belasten, entsprechend der vom nationalsozialistischen Gesetzgeber gewollten Entwicklung ²⁾. Dieser Vorschlag hat indes keinen Niederschlag in einer Gesetzesregel des HGB gefunden, so daß es eines Eingehens auf die der damaligen wirtschaftspolitischen Zwecksetzung zugrunde liegenden Erwägungen nicht bedarf.

Eine strenge Fortführung des Gedankens einer notwendigen Verknüpfung von Herrschaft und Haftung müßte auch zur Ablehnung der GmbH & Co. führen. Auch bei der GmbH & Co. können Herrschaft und Haftung auseinanderfallen. Man könnte zwar einwenden, bei dieser Gesellschaftsform liege die Geschäftsleitung in der Hand der persönlich haftenden Gesellschafterin, der GmbH, die unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft einstehe; Herrschaft und Haftung fielen also nicht auseinander ³⁾. Das ist formal betrachtet auch richtig. Es läßt sich aber gleichwohl nicht leugnen, daß der Geschäftsführer der GmbH

1) BGH NJW 66, 1310; vgl. auch OLG Neustadt NJW 64, 1802.

2) Den Gesetzgeber leitete das Führerprinzip: (Hitlers Postulat: "Der Führergedanke soll aber nicht bei der Verfassung des Staates Halt machen, sondern er soll auch die gesamte übrige Gesetzgebung, ja das allgemeine bürgerliche Leben durchdringen". Vgl. "Mein Kampf", S. 503) Eine erhöhte Macht der Einzelpersonlichkeit, der eine entsprechend erhöhte Verantwortung gegenüber stehen sollte. Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934 bezweckte deshalb auch nach seiner amtlichen Erläuterung in "geeigneten Fällen" die Abkehr von anonymen Gesellschaftsformen zu erleichtern und ihre Ersetzung durch Unternehmen mit Eigenverantwortung zu fördern, DJZ 1934, 883; Keutner S. 12.

3) So Hesselmann S. 132.

funktionell alleinige Herrschaft ohne Haftung ausüben kann ¹⁾, wenn die GmbH die einzige vertretungsberechtigte Gesellschafterin ist. Bei der GmbH & Co. wird den Interessen der Gläubiger aber nach h.M. genügend Rechnung getragen durch die Auskunft über die Gesellschaft im Handelsregister, ohne daß die Forderung sich durchgesetzt hätte, der Geschäftsführer der allein vertretungsberechtigten umschlossenen Kapitalgesellschaft müsse auch persönlich haften. Diese Rechtsfigur vermag vielmehr zu zeigen, daß die Führung einer Handelsgesellschaft auch von der Haftung befreiten Personen allein zustehen kann. Abschließend kann festgestellt werden, daß im Recht der Personalhandelsgesellschaften weder eine Gesetzesvorschrift noch ein verbindlicher Rechtsgrundsatz besteht, der es verböte, einer Person die alleinige Herrschaftsbefugnis über ein Unternehmen nach außen zuzuerkennen, ohne daß diese auch einer persönlichen Haftung unterläge ²⁾.

2. Rechtsgedanke des § 170 HGB

Oben wurde nun festgestellt, daß eine Dritttorganschaft als mit § 170 HGB nicht vereinbar angesehen werden muß. Es könnte deshalb eingewendet werden, daß auch eine Generalvollmacht mit der im § 170 HGB zum Ausdruck gekommenen Bewertung der Gläubigerinteressen nicht zu vereinbaren wäre.

Staab ³⁾ weist offen darauf hin, daß sich die gesetzliche Regelung des § 170 HGB im Hinblick auf die Erfordernisse des Rechtsverkehrs als zu eng erwiesen hat. Man habe sie dadurch zu umgehen versucht, daß man den Kommanditisten eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einräumte. Die Zulässigkeit der

1) Vgl. BGH NJW 66, 1310.

2) Zur Frage von Alleinherrschaft und Risikoausschluß unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten, vgl. Ballerstedt ZHR 128, 122; Mertens NJW 66, 1051, die sich zu Recht dagegen aussprechen, in der persönlichen Haftung des Unternehmers ein wettbewerbslich entscheidendes Kriterium zu sehen.

3) BB 59, 435.

Übertragung einer solchen Vertretungsmacht auf einen Kommanditisten ist aber von der Rechtsprechung und vom Schrifttum anerkannt worden ¹⁾. Der BGH ²⁾ hat in einer neueren Entscheidung ausgeführt, daß sowohl einem Kommanditisten wie auch einem Dritten eine umfassende Vollmacht, die auch noch weiter sein könne als die im Umfang gesetzlich festgelegte Vollmacht eines Prokuristen, erteilt werden könne ³⁾.

Es könnten sich gleichwohl Zweifel an der Zulässigkeit einer Generalvollmacht, deren Umfang praktisch einer organschaftlichen Vertretungsmacht entspricht, ergeben, wenn sie die einzige Vertretungsmöglichkeit der Gesellschaft bildet. Der juristisch nicht gebildete Geschäftspartner wird zwischen einer "organartigen" und einer auf Vollmacht beruhenden, im Umfange praktisch genauso weiten Vertretungsmacht kaum einen Unterschied sehen.

Im Ergebnis müssen aber auch diese Bedenken zurücktreten. § 170 HGB verbietet nur, daß die organschaftliche Vertretungsmacht durch einen Nichtgesellschafter oder Kommanditisten ausgeübt wird, nicht aber, daß eine Generalvollmacht, die auch über den gesetzlich festgelegten Umfang einer Prokura hinausgeht, von diesen Personen ausgeübt wird. Während das Auftreten eines nicht voll Haftenden als Organ den Verkehr zu stören geeignet ist ⁴⁾, ist das Auftreten eines nicht voll haftenden Generalbevollmächtigten mit den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs durchaus zu vereinbaren.

Der eigentliche Grund dafür, daß eine Generalvollmacht in der hier beschriebenen Form nicht als eine Umgehung des § 170 HGB anzusehen ist, liegt im Offenkundigkeitsprinzip. Dieses

1) BGH 36, 293; Westermann, Handbuch, Rz. 147, 863; Schlegelberger § 170 Anm. 4; weiter § 164 Anm. 14; Gierke S. 230.

2) JZ 62, 362 mit Anm. Hueck.

3) Vgl. auch Spitzbarth BB 52, 852; LG Mannheim BB 52, 732, Nr. 15.

4) Hueck S. 201.

zunächst von Franz Leonhard ¹⁾ aufgezeigte Prinzip besagt, daß es des erklärten Hinweises auf den Vertretenen bedarf ²⁾. Eine wirksame Vertretung setzt danach voraus, daß der Vertreter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen seinen Willen, nur in fremdem Namen zu handeln, nach außen erkennbar werden läßt, da er anderenfalls nach § 164 Abs. 2 BGB selbst Vertragspartner wird ³⁾. Tritt der Generalbevollmächtigte daher als rechtsgeschäftlich bestellter Vertreter in fremdem Namen auf, erscheint er auch einem unbefangenen Geschäftspartner nicht als "Prinzipal" oder "Inhaber" des Unternehmens, sondern als Vertreter, den die Wirkungen des abgeschlossenen Geschäftes nicht selbst treffen.

Während es des Offenkundigkeitsprinzips bei Ausübung der Vertretungsmacht i.S. des § 125 HGB zum Schutze Dritter oder des Verkehrs überhaupt nicht bedarf, da der Gesellschafter, auch wenn er zwar formal als Vertreter der Einheit OHG oder KG, also in fremdem Namen auftritt, zugleich auch mit dem erklärten Willen einer Eigenwirkung handelt und auch persönlich verpflichtet wird, bedarf es für den Generalbevollmächtigten eines Hinweises auf die Fremdwirkung seines Handelns. Derjenige aber, der mit "ppa." oder einem ähnlichen, eine Prokura oder Generalvollmacht andeutenden Zusatz zeichnet und nicht "in Firma", "als Teilhaber der Firma" oder ähnlich, steht nach Anschauung des Verkehrs nicht persönlich für seine von ihm vorgenommenen Handlungen für die Gesellschaft ein ⁴⁾. In der

1) Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 1 ff.

2) Müller-Freienfels S. 17; daß der Schutzzweck des Offenkundigkeitsprinzips unterschiedliche Bedeutung hat und dort wohl vollkommen entbehrlich ist, wo dem Veräußerer die Person seines Geschäftsgegners gleichgültig ist, vgl. die Interessenlage beim "Geschäft für denjenigen, den es angeht", mag dabei dahinstehen, da in den Bereich der umfassenden Generalvollmacht zumeist solche Geschäfte fallen werden, bei denen Dritte größtes Interesse an der Person ihres Schuldners haben, vgl. Müller-Freienfels S. 21, 45.

3) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 868.

4) Barella DB 51, 149.

Erteilung einer Generalvollmacht kann daher nicht eine Umgehung des Verbotes einer Übertragung der "organartigen" Vertretungsmacht erblickt werden ¹⁾.

Im übrigen kann der Geschäftsverkehr keinen Schaden dadurch erleiden, daß die Gesellschaft nur durch einen Generalbevollmächtigten vertreten ist. Dem Geschäftspartner der Gesellschaft kann gleichgültig bleiben, ob neben dem Generalbevollmächtigten noch einem der vollhaftenden Gesellschafter die Vertretungsmacht zusteht. Seinem etwaigen Vertrauen auf das Normalstatut der Personalhandelsgesellschaft, wonach zumindest ein Gesellschafter Vertretungsmacht hat, kommt nämlich nicht in dem Sinne Schutzwürdigkeit zu, daß er auf die Ausübung der aktiven und passiven Vertretungsmacht durch einen Gesellschafter vertrauen dürfte. Es genügt seinen Interessen, wenn er wichtige Willenserklärungen der Gesellschaft gegenüber wirksam abgeben kann, wofür durch die Bestellung eines Generalbevollmächtigten sowie deren Eintragung im Handelsregister ²⁾ gesorgt ist.

In der ausschließlichen Ausübung der Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten kann mithin keine Umgehung des aus § 170 HGB zu erkennenden Verbotes der Übertragung der Vertretungsmacht auf eine nicht voll haftende Person gesehen werden.

3. Sicherung der Interessen Dritter

Es bedarf noch einiger zusätzlicher Hinweise zur Sicherung der Interessen eines mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tretenden Dritten. Die Gefahr einer Täuschung oder zumindest einer Verwirrung des Rechtsverkehrs bei der hier vorgeschlagenen atypischen Ausgestaltungsmöglichkeit einer Personalhandelsgesellschaft wird auch dann nicht allzu fern liegen, wenn der Generalbevollmächtigte ausschließlich in fremdem Namen handelt.

1) BGH 36, 295.

2) Dazu S. 184 f.

a) Handelsregistereintragung

Man könnte fragen, ob diese Generalvollmacht ins Handelsregister eingetragen werden müßte. Man könnte hieran Zweifel haben, weil das Gesetz über die Eintragung einer Generalvollmacht keine Bestimmungen enthält und den Inhaber eines Handelsgeschäftes nur zur Anmeldung einer erteilten Prokura verpflichtet, § 53 HGB.

Nach dem System des Gesetzes soll das Handelsregister alle für den Geschäftsverkehr wichtigen Tatsachen und Rechtsverhältnisse öffentlich kundtun ¹⁾. Die Rechtsprechung hat wiederholt betont, es sollten nur Eintragungen zulässig sein, die das Gesetz ausdrücklich anordnet, also z.B. nicht die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder die der Handlungsvollmacht ²⁾. Hier kann nun nicht zur Frage der Eintragung der Generalvollmacht umfassend Stellung genommen werden. M.E. entspricht es aber "Sinn und Zweck" des Handelsregisters, eine umfassende Generalvollmacht, die die Rechte eines Prokuristen umschließt, ebenfalls ins Handelsregister einzutragen, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Der Satz des Reichsgerichts, daß das Handelsregister nur für die im Gesetz angeordneten Eintragungen offenstehe ³⁾, muß "cum grano salis" verstanden werden ⁴⁾, er bedarf der Einschränkung. Das RG hat auch selbst den Vorbehalt gemacht, daß typisch gestaltete Vertretungsverhältnisse doch einzutragen seien ⁵⁾, und auch das KG hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß einzutragen sei, was auch ohne gesetzliche Vorschrift Sinn und Zweck des Handelsregistereintrags entspreche ⁶⁾. Die Not-

1) Schlegelberger § 8 Anm. 13; Baumbach-Duden § 8 Anm. 3.

2) RG 63, 249; 132, 140; KG KGJ 35, 152; strittig ist übrigens, ob eine Treuhandverwaltung einzutragen ist. Vgl. bejahend Bertermann NJW 50, 213, ablehnend Schlegelberger § 18 Anm. 13, der eine "nicht durch das Gesetz gebotene staatliche Allmacht" fürchtet.

3) RG 132, 140.

4) Bondi JW 31, 3075; Schröder S. 35.

5) RG a.a.O.

6) KGDR 43, 982.

wendigkeit der Eintragung einer Generalvollmacht ergibt sich auch nicht zuletzt daraus, daß es Fälle geben kann, in denen die Vertretungsberechtigung aus der Eintragung im Handelsregister nachgewiesen werden kann, so z.B. § 32 Abs. 2 GBO, der in Grundbuchsachen für Firmen einen Auszug aus dem Handelsregister genügen läßt ¹⁾.

Jedenfalls empfiehlt es sich angesichts der nicht ganz eindeutigen Rechtslage bei der hier in Rede stehenden Gestaltung des Vertretungsverhältnisses dem Generalbevollmächtigten auch ausdrücklich Prokura zu erteilen unter Befreiung von den Beschränkungen der Vertretungsmacht des § 49 Abs. 2 HGB ²⁾.

b) Rechtsscheinshaftung

Ein weiteres Bedenken gegen eine ausschließliche Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten könnte sich daraus ergeben, daß der Generalbevollmächtigte wohl im Namen der Gesellschaft auftreten wird, über die Art seiner Vertretung aber bei den Geschäftspartnern nicht immer Klarheit herrschen wird, da er "als Chef" auftritt und Zuständigkeiten zur Vertretung hat, wie sie normalerweise nur einem Gesellschafter zustehen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die "organartige" Vertretungsmacht sich von der eines Generalbevollmächtigten eher als eine begriffliche Institution und nicht durch den Umfang und tatsächliche Auswirkungen unterscheidet, fragt es sich, ob man den alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten für verpflichtet halten muß, den Geschäftspartner etwa aufzuklären, daß er für die abgeschlossenen Geschäfte nicht persönlich einstehen werde.

Diese hier aufgeworfene Frage ist jedoch mit dem Gesetz und den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsscheinsgrundsätze befriedigend zu lösen. Wie der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung im Handelsregister eingetragen

1) Spitzbarth BB 62, 852.

2) Spitzbarth a.a.O.

werden muß, §§ 125 Abs. 4, 161 Abs. 2 HGB, ist auch der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung ins Handelsregister einzutragen. Der Dritte, der am Handelsverkehr teilnimmt und mit der Gesellschaft in geschäftliche Beziehungen tritt, muß in der Regel im Handelsregister nachschauen ¹⁾. Aus diesem muß sich ergeben, daß alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind und nach hier vertretener Ansicht überdies auch positiv, wer Generalvollmacht hat. Der außenstehende Dritte kann also bei seinen Dispositionen wissen, daß er es mit einer nicht der gesetzlichen Typik entsprechenden Gesellschaft zu tun hat. Der Gesetzgeber knüpft auch sonst für eine evtl. Haftung an die Verlautbarung im Register an ²⁾. Die Handelsregistereintragung gewährt den Interessen Dritter also hinreichenden Schutz.

Von diesem Grundsatz abzuweichen besteht auch dann kein besonderer Grund, wenn die Gesellschaftsvereinbarung eine atypische Machtverlagerung im Außenverhältnis vorsieht und man dem Grundsatz Rechnung trägt, daß im Handelsverkehr im besonderen Maße der Gläubigerschutz zu beachten ist ³⁾. Wenn nämlich feststeht, daß alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind, steht zugleich fest, daß nur ein nicht voll haftender Fremdvertreter die Vertretungsmacht haben kann. Zumindest mittelbar ergibt sich also die Art der Vertretungsbefugnis des Generalbevollmächtigten aus dem Handelsregister, so daß auch hier die Gefahr einer Täuschung für den Rechtsverkehr nicht von vornherein gegeben ist. Daß die ungewöhnliche Vertretungsanordnung eine über die Kundbarmachungspflicht im Handelsregister hinausgehende Informationspflicht schafft, ist mithin nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber erkennt das Vertrauen auf das Normalstatut nur insoweit an, als

1) Baumbach-Duden § 15 Anm. 3 B.

2) Vgl. etwa § 176 HGB, wonach die Nichtkundbarmachung der beschränkten Haftung im Handelsregister dazu führt, daß der Kommanditist voll haftet; vgl. auch Westermann, Handbuch, Rz. 867.

3) Baumbach-Duden, Einführung I a.

derjenige, der als "Inhaber" auftritt, auch voll haften soll, nicht aber der Bevollmächtigte. Über die Handelsregistereintragung hinaus gelten zudem natürlich auch hier die im Schrifttum anerkannten Rechtsscheinsgrundsätze zum Schutz Dritter. Der Generalbevollmächtigte, der sich so aufführt, als ob er vertretungsberechtigter Gesellschafter sei, muß dies gegen sich gelten lassen ¹⁾. Wenn er einen Dritten zu einer EntschlieÙung veranlaßt ²⁾, die dieser im Vertrauen auf dessen persönliche Haftung trifft und die er bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht getroffen hätte, wird dieser auch persönlich verpflichtet ³⁾.

Der Gefährdung der Gläubigerinteressen, die in der von der Publizität des Handelsregisters nicht erfaßten Abweichung vom Normaltypus liegen könnte, kann also adäquat begegnet werden.

c) Mißbrauch und Bekämpfung

Es sei noch auf die Frage der Bekämpfung eines Mißbrauchs eingegangen. Ein Mißbrauch könnte im Einzelfall etwa darin liegen, daß der Generalbevollmächtigte zwei vermögenslose Gesellschafter vorschöbe, selbst aber wirtschaftlich der wahre Herr der Gesellschaft wäre, d.h., daß er bewußt die Gesellschaft tatsächlich seine Geschäfte betreiben ließe.

Hier soll sich nicht im einzelnen mit den vielen Argumenten, die gerade unter den Gesichtspunkt des Mißbrauchs gegen eine Grundtypenvermischung geltend gemacht worden sind, beschäftigt werden. Aus dem Vorstehenden ergibt sich nämlich, daß eine Personalhandelsgesellschaft allein vertreten durch einen Generalbevollmächtigten nicht eine derartige atypische Ausgestaltung darstellt, die von vornherein als mißbräuchlich an-

1) Vgl. für einen bevollmächtigten Kommanditisten Westermann, Handbuch, Rz. 868; im übrigen Baumbach-Duden § 5 Anm. 2; RG 142, 108.

2) Zu einem Fall des Scheins zu Gunsten Dritter ohne Veranlassung der EntschlieÙung vgl. BGH Bd. 22, 239.

3) RG 142, 108; 145, 158; BGH 17, 14 ff.; Weipert § 335 Anm. 73; § 170 Anm. 10.

zusehen wäre, weil sie dem "Wesen" der Personalhandelsgesellschaft, Ordnungsprinzipien oder dem Schutz des Geschäftsverkehrs widerspräche ¹⁾. In der Konstruktion einer Personalhandelsgesellschaft allein vertreten durch einen Generalbevollmächtigten liegen keine Gefahren, die diese Institution überhaupt unzulässig machten. Es soll vielmehr versucht werden, Kriterien aufzuzeigen, die das Ausnutzen dieser atypischen Form als mißbräuchlich erscheinen lassen ²⁾, wobei es für die Feststellung eines Mißbrauchs mithin nicht allein auf den Gebrauch der Rechtsform ankommt, sondern auf ein Verhalten derer, welche diese Rechtsform mißbräuchlich benutzen ³⁾.

Allgemein wird zu gelten haben, daß eine mißbräuchliche Rechtsausübung durch Verwendung der für zulässig gehaltenen Rechtsform nur angenommen werden kann, wenn "Ziele und Zweck verfolgt werden, für die diese Rechtsform nicht bestimmt ist", oder wenn eine Täuschung des Rechtsverkehrs oder einzelner Personen herbeigeführt wird ⁴⁾. Im Besonderen wird man den Generalbevollmächtigten im Einzelfall für verpflichtet halten müssen, nach Treu und Glauben im Einzelfall den Geschäftspartner über die Handelsregistereintragung hinaus darauf aufmerksam zu machen, daß seine Vertretungsmacht eine abgeleitete, auf einer Vollmacht beruhende ist. Das wird z.B. dann der Fall sein, wenn der Generalbevollmächtigte merkt,

1) So argumentieren Schönle S. 44 ff.; Keutner S. 40 ff.; vgl. auch Paulick S. 35, 86.

2) So auch Bösebeck, Kapitalistische KG, S. 59, 60.

3) An das Verhalten der eine Rechtsform mißbrauchenden Personen knüpfen übrigens auch Müller-Erbach, Haftung, S. 737; Haupt S. 79 und auch der Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personalhandelsgesellschaften, S. 36, an, wenn sie unter dem Gesichtspunkt eines Formmißbrauchs Kommanditisten, die unter Vorschlebung eines vermögenslosen Komplementärs die Unternehmensleitung an sich bringen, voll haften lassen. Eine derartige Verhaltensweise stelle sich als Mißbrauch der Form der KG dar und verstoße gegen den Grundsatz, daß der leitende Unternehmer für die wirtschaftlichen Erfolge seiner Betätigung einzustehen habe; vgl. auch BGH NJW 66, 1310. ¹

4) BGH NJW 66, 1310.

daß bestimmend für den Geschäftsabschluß offensichtlich auch sein Privatvermögen war und den anderen zum Vertragsabschluß bewogen haben.

Das Festhalten am Prinzip der fehlenden Haftung des alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten darf jedenfalls nicht hindern, Mißbräuchen entgegenzutreten, die sich aus einer allzu starren Grundsätzlichkeit ergeben. Wenn die Berufung auf die fehlende Haftung angesichts besonderer Umstände des konkreten Falles Treu und Glauben widerspricht, muß auch der Generalbevollmächtigte persönlich für sein Verhalten einstehen.

4. Unübertragbarkeit unentziehbarer Befugnisse auf den Generalbevollmächtigten

Der Klärung bedarf freilich noch die wichtige Frage, wer die Geschäfte vorzunehmen hat, von deren Vornahme der Generalbevollmächtigte zwingend ausgeschlossen ist. Wer soll z.B. bei einer zweigliedrigen KG, bei der dem einzigen Komplementär die Vertretungsmacht entzogen worden ist, den Generalbevollmächtigten bestellen und den Anstellungsvertrag mit ihm abschließen, wer ihn wieder abberufen? Wer soll bei Vertretungsausschluß aller Gesellschafter einen Prokuristen bestellen?

a) Bestellung und Widerruf der Generalvollmacht

Die Bestellung der Generalvollmacht im Außenverhältnis ist als Akt der Vertretung anzusehen. Dies ergibt sich nicht nur aus § 167 Abs. 1 BGB, sondern auch aus § 126 Abs. 1 HGB der besagt, daß sich die Vertretungsmacht eines Gesellschafters auf die Bestellung der Prokura erstreckt. Zwar bestimmt § 116 Abs. 3 HGB, daß es zur Bestellung einer Prokura der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter bedarf. Diese Vorschrift bezieht sich aber allein auf das Innenverhältnis der Gesellschafter und vermag nicht zu ändern, daß die Erteilung der Prokura nach außen von der Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters abhängt ¹⁾. Im Außenverhältnis

1) Vgl. RG 134, 303; Hueck S. 210 Anm. 43; Weipert Anm. 17 zu § 126; a.A. Hachenburg-Schilling § 37 Anm. 6 a und § 46 Anm. 33.

nis ist hiernach grundsätzlich wie einem Prokuristen auch einem Generalbevollmächtigten gegenüber für die Erteilung und für den Widerruf der Generalvollmacht die Mitwirkung so vieler Gesellschafter genügend, aber auch notwendig, wie sonst zur Vertretung. Wie jeder eine bestimmte Maßnahme vorsehende gemeinsame Beschluß der Gesellschafter, der zunächst nur im Innenverhältnis wirkt, nach außen der Kundbarmachung durch ein dazu befugtes Organ oder einen dazu befugten Vertreter bedarf ¹⁾, ist auch hier also eine Vertretungshandlung erforderlich.

Es besteht hier aber die Besonderheit, daß alle Gesellschafter, auch in ihrer Gesamtheit, von der Vertretungsmacht gem. §§ 125, 126 HGB ausgeschlossen sind.

Obwohl es allen Gesellschaftern der Vertretungsmacht ermanget, muß aber doch die grundsätzliche Erwägung, daß sämtliche Gesellschafter Inhaber der Gesellschaft und des gesamthänderisch gebundenen Vermögens sind, am Anfang der Überlegung stehen, wie eine Personalhandels-gesellschaft ohne Eigenvertreter den Generalbevollmächtigten bestellen kann. Es kommt darauf an, ob es sich mit den Rechtsgrundsätzen des Personalhandels-gesellschaftsrechts in Einklang bringen läßt, daß nach dem Wegfall des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter die Vertretungsbefugnis insoweit behalten sollen, als es sich um grundlegende Maßnahmen zur Fortführung der Gesellschaft handelt ²⁾.

Man könnte daran denken, daß die Gesellschafter die Durchführung der Bestellung der Generalvollmacht genauso vorzunehmen berechtigt wären wie z.B. etwa die Auflösung der Gesellschaft, bei der auch die Kommanditisten mitwirken ³⁾. Die Erwägung, daß die Rechtssubstanz ungeschmälert bei den Gesell-

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 146 a.E.

2) So Eich NJW 65, 241, aber ohne jegliche Begründung.

3) Weinhausen S. 153.

schaftern verbleibt und nur eine jederzeit widerrufliche, von den Gesellschaftern abgeleitete Zuständigkeit des Generalbevollmächtigten gegeben ist, könnte dazu führen, daß die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die Generalvollmacht zu bestellen befugt sind, ohne daß es der Vornahme von Vertretungshandlungen im Sinne des § 125 HGB bedürfte ¹⁾.

Die Erwägung, daß die Gesellschafter als Herren des Unternehmens nach außen nicht von jeglicher Betätigung im Außenverhältnis ausgeschlossen sein dürfen, obwohl sie alle nicht vertretungsberechtigt sind, kommt nicht nur in der Literatur zum Ausdruck, sondern hat in Gesetzesstellen schon ihren Niederschlag gefunden.

Auch wenn sämtliche Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen seien, so wurde gesagt, bleiben sie nach wie vor Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft und hätten nicht auf das Vermögen der Gesellschaft sowie auf die Ausübung der daraus sich ergebenden Rechte verzichtet ²⁾. Die Gesellschafter behielten die Befugnis, über das Vermögen der Gesellschaft zu verfügen, wenn auch nicht unter Anwendung der Gesellschaftsfirma, deren Führung keinem von ihnen zustehe ³⁾. Trotz des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung wollen diese Autoren die Verfügungsbefugnis über die Gegenstände des Gesamthandsvermögens den Gesellschaftern belassen. Diese Autoren setzen also nicht - und insoweit ist Bacmeister zu widersprechen, der das Gegenteil behauptet - diese Art des Handelns und die Gesamtvertretungsmacht gleich,

1) Vgl. hierzu O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 582 ff., der annahm, daß zu rechtsgeschäftlichen Handlungen nach außen, die nicht nur in die einheitliche Gesamtsphäre der Gesellschaft, sondern in die Sondersphäre der Gesellschafter eingriffen, wie z.B. eine "offensichtlich nicht mehr im Rahmen einer geschäftlichen Vereinigung liegenden unentgeltlichen Hingabe von gesellschaftlichen Vermögenswerten", das Zusammenwirken "sämtlicher Gesellschafter als solcher" mit gesamter Hand erforderlich wäre.

2) Weinhaben a.a.O.

3) Anschütz-Völlendorff S. 90.

sondern verweisen ausdrücklich auf den Unterschied, der darin liegen soll, daß bei der Ausübung der Gesamtvertretungsmacht die Gesellschaftsfirma benutzt werde, während in einem Fall des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung dies den Gesellschaftern nicht möglich sei ¹⁾.

In neuer Zeit findet sich vor allem bei Erman ²⁾ ein Hinweis auf die Berechtigung aller Gesellschafter, auch der Kommanditisten, Handlungen im Außenverhältnis vorzunehmen, wenn es der Gesellschaft an einem vertretungsberechtigten Gesellschafter ermangelt, wobei allerdings offen bleibt, ob in diesem Fall die Gesellschaftsfirma gebraucht wird, oder ob die Gesellschafter ohne Anwendung der Gesellschaftsfirma handeln. Erman ³⁾ schreibt:

"Die Kommanditisten oder von der Vertretung ausgeschlossenen persönlich Haftenden sind nicht in der Lage, über das ihnen mitgehörige Gesamthandsvermögen mitzuverfügen. Man kann zwar sagen, daß ihre Mitverfügungsbefugnis im Hintergrund erhalten bleibt. Fällt z.B. der einzige persönlich Haftende durch Tod weg und muß schnell eine Verfügung getroffen werden, so springt nach richtiger Auffassung die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter in die Lücke. Sie haben ein gemeinsames Vertretungsrecht".

Etwas abweichend umschreibt Eich ⁴⁾ die sich nach Wegfall des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters ergebende Rechtslage. Er sagt, man müsse davon ausgehen, daß nach Wegfall dieses Gesellschafters die nicht vertretungsberechtigten Kommanditisten zwar nicht die Vertretungsbefugnis in vollem Umfange, wohl aber insoweit erhielten, als dies grundlegende Beschlüsse zur Fortsetzung der Gesellschaft beträfe. Nur insoweit könnten sie handeln.

1) Anschütz-Völlendorff S. 90 unter Hinweis auf den praktischen Unterschied: bei dieser Form des Handelns gäbe es nicht die nach Artikel 100 ADHGB vorgesehene Möglichkeit des Handelns eines Gesamtvertreters bei Gefahr im Verzuge.

2) Festschrift Nipperdey, S. 282.

3) A.a.O.

4) NJW 65, 240.

Interessant ist auch noch ein Blick auf das Schweizer Recht, in dem, wie bereits erwähnt, die Ausschaltung aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht und die Führung des Betriebes allein durch einen Prokuristen für zulässig gehalten wird ¹⁾. Die schweizer Rechtsprechung und Lehre vertritt übereinstimmend die Ansicht, daß in allen nicht in den Vollmachtsbereich des Prokuristen fallenden Angelegenheiten alle Gesellschafter gemeinsam zu handeln berechtigt wären, so daß für die "erforderliche allseitige Vertretung" gesorgt sei ²⁾. In Wirklichkeit liege aber bei diesem Handeln gar keine Vertretung mehr vor, sondern ein Handeln der Parteien selbst ³⁾.

Es gibt im Gesellschaftsrecht auch andere Situationen, in denen eine Handlung im Außenverhältnis vorgenommen werden muß, es aber an vertretungsberechtigten Personen fehlt. Man denke z.B. daran, daß bei der GmbH nach § 46 Ziff. 5 GmbHG die Bestellung des Geschäftsführers und die Regelung seines Dienstverhältnisses den Gesellschaftern obliegt, obwohl nicht die Gesellschafter, sondern ausschließlich der Geschäftsführer die Gesellschaft vertritt ⁴⁾. Auch im Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gibt es den ähnlich liegenden Fall, daß kein Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages zur Vertretung ermächtigt ist, doch aber alle Gesellschafter zusammen nach außen sich wirksam betätigen können, dann nämlich, wenn, wie es der gesetzliche Normalfall

1) Becker-Hartmann, Berner Kommentar, zu Artikel 563 OblR Rdnr. 15; Siegwart, Züricher Kommentar, zu Artikel 554-556 OblR Rdnr. 28.

2) Siegwart a.a.O. Anm. 29.

3) Siegwart a.a.O. Anm. 26.

4) Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz, 11. Aufl., § 46 Anm. 6 A, B; Hachenburg § 46 Anm. 13 auch für die Bestellung von Prokuristen; BGH IM § 46 GmbH-Nr. 3; vgl. auch BGH 12, 340, wonach, wenn der in der Satzung für zuständig erklärte Aufsichtsrat funktionsunfähig wird, die Gesellschaftsversammlung in der Lage ist, insoweit Rechte des Aufsichtsrates wahrzunehmen.

ist, allen Gesellschaftern die Führung der Geschäfte gemeinschaftlich zusteht, §§ 709, 714 BGB. Das gemeinschaftliche Handeln aller Gesellschafter im Rechtsverkehr in diesem Falle ¹⁾ ist keine Vertretung, sondern stellt sich als sog. Selbsthandeln der Gesamthand dar ²⁾. Bei dieser Form des Handelns der Gesamthand im Außenverhältnis ist also weder eine Stellvertretung der Mitgesellschafter noch auch eine Vertretung der Gesellschaftseinheit vermittels organschaftlicher Vertretungsmacht entsprechend § 125 HGB gegeben. Hier handeln die Träger des gesamthänderisch gebundenen Vermögens vielmehr in eigenen Namen ³⁾.

Diese Form des Handelns ist auch bei nichtrechtsfähigen Vereinen möglich. Wenn alle Mitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins zusammen klagen oder verklagt werden ⁴⁾ oder Rechtsgeschäfte vornehmen, handelt es sich im Grunde ebenfalls um nichts anderes als ein Selbsthandeln der Gesamthand.

Man denke weiter an die Situation, daß im Stadium der Liquidation ein Nichtgesellschafter durch Beschluß aller Gesellschafter zum Abwickler berufen wird. Hierzu bedarf es nicht nur eines entsprechenden Beschlusses der Gesellschafter untereinander, sondern auch noch eines Vertrages mit dem Abwickler. Für diesen Fall nimmt die h.M. ⁵⁾ an, daß zum Vertragsschluß mit dem Abwickler alle Gesellschafter berechtigt sind, wenn der Vertragsschluß nach Auflösung erfolgt und damit die Vertretungsbefugnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter weggefallen ist. Auch der Kommanditist als Mit-

1) So z.B. auch in dem kraft gesetzlicher Regelung eintretenden ergänzenden Regelfall der Geschäftsführung, § 709 Abs. 1 BGB.

2) Staudinger § 714 Anm. 3; Palandt-Gramm § 714 Anm. 1.

3) Staudinger § 714 Anm. 3.

4) Auch das ist trotz des § 50 Abs. 2 ZPO möglich, vgl. Stein-Jonas Schönke, ZPO, Bemerk. IV zu § 50; Gierke, Vereine, S. 44; Staudinger § 54 Anm. 6; a.A. OLG Naumburg, Seufferts-Archiv 57 Nr. 146.

5) Weipert § 146 Anm. 41; Düringer-Hachenburg § 146 Anm. 11; Schlegelberger § 146 Anm. 17.

glied der Gesamthand nehme trotz § 170 HGB an der Bestellung des Abwicklers teil ¹⁾.

Allgemein läßt sich sagen, daß die Gesamtheit der Gesellschafter zur Vornahme von Rechtshandlungen dann für berechtigt gehalten wird, wenn für die Gesellschaft eine Notstands-lage eingetreten ist, d.h., wenn die nach dem Gesetz an sich vorgeschriebenen Voraussetzungen für eine Vertretung der Gesellschaft nicht mehr gegeben sind.

Die Befugnis zur Vornahme solcher Akten ergibt sich aus der Macht der Träger eines Verbandes über das gemeinschaftliche Vermögen. Es fragt sich daher, ob man auch hier trotz Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht eine Gesamtzuständigkeit der Gesellschafter zur Vornahme der Handlungen annehmen kann, zu denen ein Nichtgesellschafter nicht befugt sein kann.

Nun entspricht es h.M., daß die Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens der Gesellschaft im allgemeinen nur unter dem Namen der Firma sich im Außenverhältnis wirksam rechtsgeschäftlich betätigen können, in ihrer Eigenschaft als Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens aber nicht auftreten können. § 124 HGB stellt nämlich nach h.A. nicht nur klar, daß die OHG Rechte für sich erwerben und Verbindlichkeiten unter ihrer Firma eingehen kann, sondern dieser Vorschrift kommt zwingende Bedeutung in dem Sinne zu, daß OHG und KG nur unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können ²⁾. Rechte der Gesellschaft kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter daher auch grundsätzlich nicht in eigenem Namen, sondern nur im Namen der Firma geltend machen ³⁾.

1) Weipert § 146 Anm. 41, 42.

2) Schlegelberger § 124 Anm. 8; Weipert § 124 Anm. 5; abweichend Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 2.

3) Baumbach-Duden § 124 Anm. 1 H; BGH 17, 182; vgl. BGH, Bd. 39, 15, mit der Rechtsprechung zu den Ausnahmefällen, in denen es für möglich gehalten wird, daß ein Gesellschafter entsprechend §§ 432, 744 Abs. 2 BGB eine Gesellschaftsforderung im eigenen Namen gegen einen Dritten geltend macht.

Es fragt sich aber, ob der Grundsatz, wonach Gesellschafter nicht im eigenen Namen der Gesellschaft zustehende Rechte geltend machen dürfen, eine Ausnahme erfahren muß, wenn sämtliche von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter einen Generalbevollmächtigten bestellen wollen. Man kann die Frage dahin stellen, ob die Gesellschafter nicht trotz des Vertretungsausschlusses befugt wären, wenigstens die höchstpersönlichen Rechte geltend zu machen, wobei höchstpersönlich in diesem Zusammenhang nicht bedeuten könnte, auf einen anderen Gesellschafter unübertragbar, sondern vielmehr auf einen Nicht-gesellschafter unübertragbar. Es gibt Handlungen, die den Mitinhabern von Unternehmen kraft ausdrücklicher Vorschrift vorbehalten sind, z.B. die Firma als Inhaber zu zeichnen, die Bilanz zu unterschreiben oder auch solche, die von einer Vertretungsregelung, die alle persönlich haftenden Gesellschafter von der Vertretung ausschließt, nicht erfaßt werden, wie z.B. die Erteilung der Generalvollmacht. Diese Handlungen können nicht ohne Änderung ihres Charakters durch Dritte ausgeübt werden ¹⁾. Im Gegensatz zur Ansicht Anschütz-Völderndorffs und auch Dettmanns ²⁾, die die Zuständigkeit der Gesellschafter zum Handeln durch gemeinschaftliches Zusammenwirken auf alle Rechtsgeschäfte ausdehnen wollen trotz Vertretungsausschlusses aller Gesellschafter, wird hier demnach nur untersucht, ob die Gesellschafter wenigstens die unentziehbaren Rechte ausüben können, die ihrer Natur nach nicht von einem Generalbevollmächtigten ausgeübt werden können.

Wie die Einräumung der organschaftlichen Vertretungsmacht nun durch alle Mitglieder des Gesamthandverbandes gemeinschaftlich erfolgt als Folge deren elementarer Rechtszuständigkeit, muß auch die Bestellung des alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten durch die Gesamtheit der Gesamthänder erfolgen können: Diese Befugnis muß mangels einer entsprechen-

1) Vgl. BGH 17, 82; 39, 15; RG 86, 66; RG 112, 361, 367; 158, 302, 311.

2) Anschütz-Völderndorff S. 89; Dettmann S. 27.

den organschaftlichen Ausgestaltung als eine unmittelbar von der Gesamthand abgeleitete Machtbefugnis verstanden werden. Sie folgt aus der Grundregel eines jeden Gesamthandverbandes, die besagt, daß der gemeinschaftlichen Berechtigung der Gesamthänder sowohl alle Gegenstände des Gesamthandsvermögens als auch die organisatorische Ausgestaltung unterliegen ¹⁾.

Für die Annahme einer Gesamtzuständigkeit der Gesellschafter spricht, daß Träger der Rechte und Pflichten die Gesellschafter, wenn auch wegen der gesamthänderischen Verbundenheit nur in ihrer Zusammenfassung, sind. OHG und KH zeigen zwar im Vergleich zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nach außen hin eine größere Geschlossenheit, § 124 HGB, und die Gesamthand der Gesellschafter zeigt die Tendenz, sich zu einem handelsrechtlichen Unternehmen weitgehend zu verselbständigen. Aber auch durch die im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte werden trotz des geschlossenen Auftretens der Gesellschaft nach außen immer die Gesellschafter als Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögens verpflichtet und berechtigt ^{2) 3)}.

Es sei in diesem Zusammenhang auch an die bekannte Rechtsprechung des BGH erinnert, wonach dem Gesellschafter einer OHG in Ausnahmefällen das Recht zusteht, in eigenem Namen auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen oder Rechtsgeschäfte vorzunehmen, um die zur Erhaltung der Gesellschaft notwendigen Maßnahmen vorzunehmen ⁴⁾. Wenn es aber in Ausnahmefällen

1) Larenz Jherings Jb. 83, 150 ff., 165; Esser § 96, 3; vgl. Staudinger, Vorbem. 3 zu §§ 709 bis 715 BGB: § 709 wiederhole den schon aus dem preußischen ALR (§ 207 II 17) bekannten gesellschaftsrechtlichen Grundsatz, wonach alle Geschäftsführungsakte von den Gesellschaftern gemeinschaftlich durchgeführt werden müßten.

2) Westermann, Handbuch, Rz. 48, 349; Hueck S. 198 ff.; Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 2.

3) Die letzte Verantwörtlichkeit der Gesellschaft kommt z.B. auch dadurch zum Ausdruck, daß der Ausschluß von der zivilrechtlichen Vertretungsbefugnis für ein Strafverfahren belanglos ist. Auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter können im Strafverfahren z.B. Rechtsbeschwerde einlegen, OLG Hamm MDR 50, 439, und Strafanträge stellen, RGSt 41, 103; 377.

4) BGH 17, 82; 39, 15.

zulässig ist, daß entsprechend § 744 Abs. 2 BGB einem Gesellschafter einer Personalhandels-gesellschaft das Recht zustehen kann, notwendige Maßnahmen auch ohne Zustimmung und sogar gegen den Widerspruch der anderen Gesellschafter vorzunehmen, kann es zumindest für den Fall, daß die Gesellschafter einen zur Erhaltung der Gesellschaft notwendigen Generalbevollmächtigten bestellen als objektiv nötige Maßnahme zur Erhaltung der Substanz der Gesellschaft, allen Gesellschaftern zusammen nicht versagt sein, im eigenen Namen, ohne den Gebrauch der Gesellschaftsfirma, einen Generalbevollmächtigten zu bestellen.

Zumindest vermag diese Rechtsprechung zu zeigen, daß der Grundsatz der Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschafter nur unter Anwendung der Gesellschaftsfirma nicht um seiner selbst willen gelten kann, sondern dort eine Durchbrechung erfahren muß, wo es gilt, für die Erhaltung der Gesellschaft notwendige Maßnahmen zu treffen.

Durch ein Handeln der Gesellschafter im eigenen Namen werden auch niemandes Interessen verletzt. Den Interessen aller Mitgesellschafter wird sogar weitgehend entgegengekommen, denn sie alle sind an der Bestellung des Generalbevollmächtigten beteiligt und brauchen diesen wichtigen Akt nicht durch besondere Organe ausführen zu lassen. Im Interesse des Adressaten der Generalvollmacht, des Generalbevollmächtigten also, bedarf es nicht des Auftretens der OHG oder KG als Einheit. Wenn das RG ¹⁾ darauf hingewiesen hat, daß die OHG gerade mit Rücksicht auf den Geschäftsverkehr im Interesse der Rechtssicherheit besonders straff organisiert ist und als Einheit auftreten muß ²⁾, können diese Gesichtspunkte hier entfallen, da der Generalbevollmächtigte genau um die Umstände der Vornahme der Bevollmächtigung durch alle Gesellschafter Bescheid wissen wird. Für die Sicherheit des Generalbevollmächtigten ist es hiernach nicht erforderlich, daß die

1) Bd. 86, 66 ff.

2) RG a.a.O.; 116, 116.

Gesellschaft ihm gegenüber als Einheit oder unter Gebrauch der eingetragenen Firma auftritt. Es ist vielmehr mit der Gesamtheit der Vorschriften über die Vertretung der Personalhandelsgesellschaft und dem Zweck dieser Vorschriften vereinbar, daß die Teilhaber insgesamt im eigenen Namen für die Gesellschaft einen Generalbevollmächtigten bestellen und den Anstellungsvertrag mit ihm abschließen.

Auch die Kommanditisten sind - das sei noch einmal klar herausgestellt - trotz § 170 HGB zur Vornahme dieser Akte berufen, so daß auch bei einer KG mit nur einem Komplementär die Bestellung des Generalbevollmächtigten möglich ist. Wie in der Liquidation einer KG auch die Kommanditisten Liquidatoren sind, wenn keine anderen Regelungen getroffen worden sind ¹⁾, und im vollem Umfang gemeinschaftlich mit den vollhaftenden Gesellschaftern vertretungsberechtigt sind, § 146 HGB, obwohl sie nur mit ihrer Kapitaleinlage haften und während des Bestehens der Erwerbsgesellschaft grundsätzlich von der Vertretung nach § 170 HGB ausgeschlossen sind, sind diese auch als Mitträger des gesamthänderisch gebundenen Vermögens berufen, die durch die Gesellschafter vorzunehmenden Akte mit auszuführen. Es ist dem Generalbevollmächtigten kaum weniger zumutbar, mit dem nur beschränkt haftenden Gesellschafter einer KG einen Vertrag abzuschließen als dem Liquidator oder auch dem Geschäftspartner einer Liquidationsgesellschaft. Für etwaige Ansprüche aus seinem Anstellungsverhältnis besteht neben dem Gesellschaftsvermögen auch noch die volle Haftung der vollhaftenden Gesellschafter, so daß eine vom Gesetz nicht gewollte Gefährdung der Vermögensinteressen des - in der Regel über die Gesellschaftsverhältnisse auch gut informierten - Generalbevollmächtigten kaum je in Betracht kommen dürfte. Bei dem Auftreten der Gesellschafter gegenüber dem Generalbevollmächtigten ist also auch das "Vertrauens- und das Verantwortungserfordernis" ²⁾ ein anderes.

1) Hintzen S. 58 bis 60; Schlegelberger § 177 Anm. 21; J. v. Gierke S. 237; O. v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 574, unter Hinweis auf Art. 172 ADHGB.

2) Müller-Erzbach JZ 56, S. 708.

Für die passive Vertretungsmacht gilt folgendes: Anschütz-Völckerndorff ¹⁾ und ihm folgend Dettmann ²⁾ meinen, daß trotz Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht auch Zustellungen an die Gesellschaft vorgenommen werden könnten. Zwar ginge es nicht, daß, wie bei der Gesamtvertretung, § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, Willenserklärungen nur gegenüber einem der Gesellschafter abzugeben seien. Die Tätigkeit und das Auftreten der Gesellschafter als "domini" verbiete aber nicht, daß Zustellungen, die an sämtliche Gesellschafter persönlich erfolgten, als der Gesellschaft gegenüber zugestellt angesehen werden könnten.

Die Richtigkeit dieser Auffassung, die im Hinblick auf § 124 HGB bedenklich ist, mag dahinstehen, hier wird nur vertreten, daß alle Gesellschafter zusammen Handlungen vornehmen könnten, die höchstpersönlich und an die Person der Gesellschafter gebunden sind. Bei passiven Vertretungshandlungen, also bei der Empfangnahme von Willenserklärungen, die durchaus keine nur von Gesellschaftern vorzunehmenden Akte sind, ist die Zuständigkeit des Generalbevollmächtigten aber gegeben, durch die, wie gesehen, die berechtigten Interessen des Rechtsverkehrs in vollem Umfange gewahrt sind. Bei etwaiger Kündigung oder sonstiger Willenserklärungen des Generalbevollmächtigten gegenüber der Gesellschaft wird freilich, sofern ein sonstiger zur Entgegennahme von Willenserklärungen befugter Vertreter nicht vorhanden ist, eine Gesamtzuständigkeit der "domini" in der Weise gegeben sein, daß eine Zustellung an sämtliche Gesellschafter persönlich erfolgen könnte.

Auch für den Widerruf der Generalvollmacht muß man eine Gesamtzuständigkeit aller Gesellschafter annehmen. Zu einem Beschluß unter den Gesellschaftern, die Generalvollmacht zu widerrufen, bedarf es der Kundbarmachung. Der im Innenverhältnis gefaßte Abberufungsbeschluß wird ebenfalls erst wirksam,

1) A.a.O. S. 90.

2) S. 27.

wenn er dem Generalbevollmächtigten mitgeteilt ist ^{1) 2)}.

Im Ergebnis ist es also auch im Fall des Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung bei der OHG und KG möglich, daß der Generalbevollmächtigte durch ein gemeinschaftliches Handeln aller Gesellschafter berufen und abberufen wird. Der Ausschluß aller Teilhaber von der Vertretungsmacht kann nicht bedeuten, daß die Teilhaber der Personalhandelsgesellschaft sich des Rechts begeben hätten, diejenigen Organisationsakte vorzunehmen, die für die Erhaltung der Grundlagen der Gesellschaft notwendig sind.

Auch wenn diese gemeinschaftliche Handlungsbefugnis der Gesellschafter einer Gesamtvertretungsmacht im Ergebnis nahe kommt, ist sie jedoch von dieser zu unterscheiden ³⁾. Diese Befugnis des Handelns muß vielmehr als Selbsthandeln der Gesamthand verstanden werden, bei der die Gesellschafter nicht im Namen der Gesellschaft, sondern in eigenem Namen für die Gesellschaft handeln. Damit widerlegt sich der Einwand, daß der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung deshalb unzulässig sei, weil dann niemand vorhanden sein würde, der den Generalbevollmächtigten wirksam zum Vertreter der Gesellschaft bestellen könnte.

b) Prokuraerteilung

Es kann sich im Verlauf der geschäftlichen Tätigkeit der Personalhandelsgesellschaft auch als notwendig erweisen, neben dem Generalbevollmächtigten Prokuristen zu bestellen und sich

1) Vgl. Weipert, § 147 Anm. 10, für die Lage bei Abberufung eines Liquidators, der nicht selbst Gesellschafter war, von der Vertretung.

2) Wie der Abberufungsbeschluß und auch der Berufungsbeschluß im Innenverhältnis zustande kommt, wird unten erörtert werden. Die Gesellschafter jedoch, die im Innenverhältnis den Widerruf und auch die Berufung zu Recht fordern, können verlangen, daß - wie im Normalfall - alle vertretungsberechtigten Gesellschafter die beschlossene Maßnahme im Außenverhältnis durchführen, vgl. Schlegelberger § 116 Anm. 10; OLG Hamburg in Hanseatische Gerichtszeitung 30 B 534.

3) Könige-Teichmann-Köhler-HGB § 125 Anm. 34.

die Frage ergeben, wer diese im Außenverhältnis zu bestellen hat. Für die Beantwortung der Frage, kann im Grundsatz auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden ¹⁾. Daß auch hier die Gesellschafter im eigenen Namen als Gesamthandsträger einen Prokuristen bestellen können, ergibt sich zudem aus folgenden zusätzlichen Erwägungen.

Nach § 48 HGB kann die Prokura nur von dem Inhaber eines Handelsgeschäftes oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur

-
- 1) Die Frage, wer eine Prokura zu bestellen hätte, ergäbe sich auch dann, wenn man der vom BGH vertretenen Ansicht hinsichtlich der Einsetzung eines Fremdorgans im Wege einstweiliger Verfügung folgte. In einem sich jahrelang hinziehenden Prozeß kann es notwendig werden, einen Prokuristen zu bestellen. Das vom Gericht berufene Fremdorgan wird kaum als befugt anzusehen sein, den Prokuristen zu bestellen. Gem. § 126 Abs. 1 HGB erstreckt sich nämlich nur die Vertretungsmacht der Gesellschafter auf die Erteilung und den Widerruf der Prokura. Dem Einwand, daß sich die Vertretungsmacht des Drittorgans auch auf die Erteilung und den Widerruf der Prokura beziehen müsse, muß entgegengehalten werden, daß diese weitreichende Befugnis grundsätzlich nur diejenigen sollen erteilen können, die auch selbst das Risiko einer solchen Maßnahme tragen. Nach § 48 bestellt der Inhaber eines Handelsgewerbes oder dessen gesetzlicher Vertreter den Prokuristen. Sieht man die Prokuraerteilung als höchstpersönlichen Akt der Gesellschafter an (Wiedemann S. 337), ist die Annahme, daß auch ein Fremdorgan den Prokuristen bestellen könnte, zumindest sehr bedenklich. Aus § 46 Nr. 7 GmbHG, wonach die Gesellschafter der GmbH zur Bestellung einer Prokura befugt sind und nicht die Geschäftsführer, ergibt sich eine Bestätigung der Regel, daß grundsätzlich die Inhaber einen Prokuristen bestellen sollen. § 71 AktG, wonach der Vorstand, also ein Fremdverwalter, die Prokura zu bestellen hat, beruht auf der besonderen Konstellation der Zuständigkeiten bei einer AG, bei der es oftmals kaum möglich ist, alle Mitglieder dieses Verbandes an der Bestellung mitwirken zu lassen. Zudem ist diese Befugnis hier auch ausdrücklich im Gesetz vorgesehen.
- Für eine abweichende Meinung bietet das Gesetz jedenfalls keineswegs hinreichenden Anhalt. Aus dem Gesichtspunkt des § 146 Abs. 2 HGB, auf den der BGH verweist zur Begründung der Annahme einer vorübergehenden Fremdorganschaft, ist deshalb kein entgegengesetzter Schluß zu ziehen, weil eine Liquidationsgesellschaft keine Prokuristen bestellen kann, vgl. RG 72, S. 123; ROHG 13 S. 224.

mittels ausdrücklicher Erklärung erteilt werden, nicht aber von einem Generalbevollmächtigten ¹⁾. § 126 HGB bestimmt zwar, daß die Vertretungsmacht eines Gesellschafters sich auf die Bestellung und den Widerruf der Prokura erstreckt. Aus der Vorschrift des § 126 Abs. 1 HGB ergibt sich aber nicht, daß nur durch vertretungsberechtigte Gesellschafter einer Personalhandelsgesellschaft die Prokura bestellt werden kann. Sie besagt nur, worauf sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt, wenn einer von ihnen zum Vertreter der Gesellschaft bestellt worden ist. Aus ihr läßt sich also nichts dafür entnehmen, wer im Falle des für zulässig gehaltenen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretungsmacht die Prokura zu bestellen hat. Wenn aber kein Gesellschafter Vertretungsmacht hat, spricht nichts dagegen anzunehmen, daß es bei der Grundregel des § 48 HGB verbleibt, wonach der Inhaber eines Handelsgeschäftes die Prokura erteilen kann. Dabei sind Inhaber des Handelsgeschäftes alle Gesellschafter, bei der KG mithin auch die Kommanditisten.

Dies wird im Schweizer Recht entsprechend der dort h.A., die den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung und die Führung des Betriebes ausschließlich durch einen Prokuristen für zulässig hält, auch deutlich ausgesprochen. Für die nicht in den Vollmachtsbereich des Prokuristen fallende Angelegenheit der Bestellung eines Prokuristen wird angenommen, daß alle Gesellschafter gemeinsam zu handeln berechtigt sind ²⁾.

Die Annahme, daß bei Vertretungsausschluß sämtlicher Gesellschafter alle Inhaber die Prokura zu bestellen haben, wird auch dem Schutzzweck des § 48 HGB gerecht. Da der gesetzlich festgelegte weite Umfang einer Prokura für den Geschäftsherrn Gefahren mit sich bringt, hat das Gesetz im § 48 HGB sicherstellen wollen, daß die erteilte Prokura auch wirklich dem

1) Schlegelberger § 48 Anm. 2; Weipert § 48 Anm. 1.

2) Vgl. Siegwart Anm. 29 zu Art. 554, 555, 556 OblR m.w.N.

ausdrücklichen Willen der Geschäftsherrn entspricht ¹⁾. Sinn dieser Regelung der Prokurabestellung durch den Inhaber oder den gesetzlichen Vertreter ist also der Schutz der Inhaber ²⁾. Dieser Schutzzweck wird aber durch eine Bestellung der Prokura in der hier festgelegten Art und Weise nicht ausgehöhlt. Daß entgegen dem Normalfall auch die nicht vertretungsberechtigten Kommanditisten an der Bestellung der Prokura nach außen teilnehmen müssen, vermag genau wie bei der Bestellung des Generalbevollmächtigten keine durchgreifenden Bedenken zu begründen ³⁾.

Alle Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten können also gemeinschaftlich einen Prokuristen bestellen.

c) Handelsregisteranmeldung

Auch die Handelsregistereintragung der Bestellung eines alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten hat durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich zu erfolgen, wenn alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind ⁴⁾. Zwar sollen nach § 125 Abs. 4 nur die Maßnahmen, die "die Struktur der Gesellschaft" betreffen ⁵⁾, also der Ausschluß

1) Schlegelberger § 48 Anm. 1.

2) Hueck S. 210 Fn. 46.

3) Im übrigen ist auch hier zu bedenken, daß die Bestellung des Prokuristen im Außenverhältnis nur ein Vollzug einer Entscheidung bedeutet, die im Innenverhältnis durch Zusammenwirken aller geschäftsführender Gesellschafter - unter Umständen aber auch ausschließlich durch Nichtgesellschafter, vgl. BGH 36, 292 - beschlossen worden ist.

4) Hueck, S. 218 Fn. 79, schreibt zwar, bei der Anmeldung der Entziehung und auch für die Betrauung eines Nichtgesellschafters mit der Vertretungsmacht durch einstweilige Verfügung bedürfe es nicht der Mitwirkung des von der Entziehung betroffenen Gesellschafters, § 16 HGB. Angesichts der Bedeutung und Auswirkungen der Bestellung eines Generalbevollmächtigten zum einzigen Vertreter der Gesellschaft auf Dauer dürfte aber auch die Mitwirkung des Beklagten erforderlich sein, zumal § 16 HGB hier nicht zutrifft, da die Eintragung des Generalbevollmächtigten kein Rechtsverhältnis gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Beteiligten", sondern einen Außenstehenden betrifft.

5) Baumbach-Duden § 108 Anm. 1 D.

eines Gesellschafters von der Vertretung, Anordnung einer Gesamtvertretungsmacht sowie jede Änderung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters, von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, während andererseits normale anmeldungspflichtige Vorgänge wie die Erteilung und das Erlöschen der Prokura durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter erfolgen soll ¹⁾. Die Anmeldung einer Generalvollmacht bei einer Gesellschaft, bei der alle Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen sind, hat aber wohl die Bedeutung einer "strukturändernden" Maßnahme, die alle Gesellschafter gemeinschaftlich vorzunehmen haben. Zudem spricht nichts dagegen, daß es im Fall eines für zulässig angesehenen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung bei der Grundregel des § 53 HGB verbleibt, wonach die Erteilung der Prokura von den Inhabern ²⁾ des Handelsgeschäftes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.

d) Bilanzfeststellung

Die Beantwortung der Frage, wer, wenn eine Personalhandels-gesellschaft nur durch einen Generalbevollmächtigten vertreten wird, die von den geschäftsführenden Gesellschaftern aufgestellte ³⁾ Bilanz zu unterschreiben hat, läßt sich unmittelbar der Vorschrift des § 41 Abs. 1 S. 2 HGB entnehmen. Hier-nach haben, wenn mehrere vollhaftende Gesellschafter vorhanden sind, alle die Bilanz zu unterschreiben, unabhängig davon, ob ihnen Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt ist ⁴⁾. Lediglich die Kommanditisten bei der KG sind zur Unterschrift der Bilanz nicht verpflichtet ⁵⁾.

1) Baumbach-Duden § 8 Anm. 4.

2) Zu denen auch die Kommanditisten zu rechnen sind.

3) Vgl. zur Aufstellung der Bilanz Westermann, Handbuch, Rz. 302.

4) Baumbach-Duden § 41; Hueck S. 174; Weipert § 41 Anm. 3; RG 112, 25.

5) RG 112, 25.

Der Einwand, kein Gesellschafter könne bei Vertretungsausschluß sämtlicher Gesellschafter die Bilanz unterschreiben ¹⁾, läßt sich also mit dem Gesetz widerlegen ²⁾.

5. Die ausschließlich durch einen Generalbevollmächtigten vertretene Gesellschaft im Prozeß

a) Prozeßfähigkeit

Schwierigkeiten bereitet die Frage nach der Prozeßfähigkeit einer Personalhandelsgesellschaft, die ausschließlich durch einen Generalbevollmächtigten vertreten wird. Auch die Personalhandelsgesellschaften können nur dann an einem Gerichtsverfahren teilnehmen, wenn sie prozeßfähig sind, § 51 ZPO ³⁾. Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit, einen Prozeß selbst zu führen, d.h. prozeßrechtliche Handlungen wirksam vorzunehmen oder den Prozeß durch einen von der Partei selbst bestellten Bevollmächtigten führen zu lassen ⁴⁾. Sie entspricht der Handlungsfähigkeit des bürgerlichen Rechts ⁵⁾.

Die Personalhandelsgesellschaften erlangen die Prozeßfähigkeit nach h.A. allein durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter, und zwar in der Zahl und Zusammensetzung, wie sie nach § 125 HGB oder nach dem Gesellschaftsvertrag zur Vertretung erforderlich sind ⁶⁾. Von der Rechtsprechung und auch der Literatur wird immer wieder gesagt, daß die Gesell-

1) Schröder S. 27 m.w.N.

2) Schlegelberger, § 41 Anm. 2, meint sogar, auch ein Generalbevollmächtigter, der die Gesellschaft führe, könne die Bilanz unterschreiben.

3) Rosenberg § 42 I 1; Hueck S. 239 ff.; Weipert § 124 Anm. 8; a.A. Hellwig S. 275 Fn. 28, der - ohne Begründung - davon ausgeht, daß es eine Prozeßfähigkeit der Personalhandelsgesellschaft überhaupt nicht gäbe.

4) Engisch, Festschrift Rosenberg, S. 101.

5) Rosenberg § 43 I.

6) Weipert Anm. 9 zu § 124; RG 45, 342; Schlegelberger § 124 Anm. 10; Hueck S. 241 Anm. 13.

schaft allein durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter Prozeßfähigkeit erlange ¹⁾. Zwar ließe sich aus § 49 HGB die Ermächtigung des Prokuristen zur Prozeßführung "in einem Umfange ableiten, der an sich auch die Klage mit umfassen würde" ²⁾. Der Prokurist sei aber nicht gesetzlicher Vertreter des Prinzipals, er könne deshalb den Mangel in der gesetzlichen Vertretung nicht beseitigen ³⁾.

Der Satz jedenfalls, wonach die Personalhandelsgesellschaft die Prozeßfähigkeit erlangt durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter, und zwar in Zahl und Zusammensetzung wie sie nach § 125 HGB jeweils zur Vertretung erforderlich sind, kann nicht aufrecht erhalten werden für den Fall, daß wegen Ausschlusses aller Gesellschafter von der Vertretung kein vertretungsberechtigter Gesellschafter mehr vorhanden ist. Für Passivprozesse wäre das Nichtvorhandensein von gesetzlichen Vertretern allerdings nicht weiter schlimm. In Passivprozessen könnten nämlich die Gesellschafter auch persönlich verklagt werden. Das gilt nach heute herrschender Auffassung auch für Verbindlichkeiten der Personalhandelsgesellschaft, die typischerweise nur von ihr erbracht werden können, wie z.B. unvertretbare Handlungen (Übereignung eines bestimmten Grundstückes oder Klage auf Rechnungslegung) ⁴⁾. In Fällen, in denen in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden soll ⁵⁾, sowie bei Verbindlichkeiten, bei denen es als ausgeschlossen erscheint, daß ein Gesellschafter persönlich in Anspruch genommen wird, wie z.B. bei der Abgabe einer Willens-

1) Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 7; Schlegelberger § 124 Anm. 10, 11; Hueck S. 241, allerdings vorsichtig formulierend: Als Vertreter der Gesellschaft im Prozeß kämen die vertretungsberechtigten Gesellschafter "in Betracht"; BGH LM § 126 Nr. 2, 1. Leitsatz: "Im Rechtsstreit muß die OHG durch die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Anzahl von vertretungsberechtigten Gesellschaftern vertreten werden".

2) RG 66, 243.

3) Vgl. auch BGH 17, 181.

4) Einzelheiten bei Baumbach-Duden, § 128 Anm. 3, mit Hinweisen auch auf Vollstreckungsmöglichkeiten; auch BGH 23, 306; a.A. Ritter § 124 Anm. 4 a.

5) Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist aus einem gegen die Gesellschafter gerichteten Titel nicht möglich, vgl. § 124 Abs. 2 HGB.

erklärung namens der Gesellschaft ¹⁾, und bei denen daher eine Klage gegen die Gesellschaft notwendig würde, hilft zudem § 57 ZPO, der nach h.A. auch auf Personalhandelsgesellschaften anwendbar ist ²⁾.

Fraglich ist aber, ob die Gesellschaft an Aktivprozessen teilnehmen könnte. Man kann es nicht dabei bewenden lassen, daß auch die allein durch einen Generalbevollmächtigten vertretene Personalhandelsgesellschaft prozeßfähig sei, weil gem. § 52 ZPO eine Person insoweit prozeßfähig ist, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Es bleibt das Bedenken, daß nach § 51 ZPO die Vertretung einer nicht prozeßfähigen Partei durch die "gesetzlichen" Vertreter zu erfolgen hat, der Generalbevollmächtigte aber nur rechtsgeschäftlich bestellter Vertreter ist. Man muß also die Frage aufwerfen, ob eine Wandlung im materiellen Recht, die darin läge, daß der Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung für zulässig angesehen würde, nicht auch zu Folgerungen im Verfahrensrecht führen müßte ^{3) 4)}. Auch wenn für die Beantwortung der Frage gilt, daß im Ergebnis eigentlich ein Weg gefunden werden muß, um die Durchsetzung von Ansprüchen für und gegen die Gesellschaft im Prozeß zu ermöglichen, wenn man

1) Vgl. Baumbach-Duden § 128 Anm. 3 H.

2) Ritter § 125 Anm. 3; Rosenberg § 42 I; Baumbach-Duden § 125 A 1 B.

3) BGH, Bd. 42, 216, bei der Erörterung der Frage der aktiven Parteifähigkeit von nichtrechtsfähigen Gewerkschaften.

4) Im übrigen dürfte die Frage der Prozeßfähigkeit einer Gesellschaft mit vertraglichem Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung weniger die der Zulässigkeit, sondern vielmehr die der praktischen Handhabung betreffen. Denn die Gesellschaft brauchte keinen Prozeß zu führen oder könnte zur Not aus Anlaß eines solchen ad hoc die Vertretungsmacht entsprechend regeln. Gleichwohl wäre eine Organisation der Gesellschaft, die es nicht ermöglichte, daß die Gesellschaft ohne Vertragsänderung klagen und verklagt werden könnte, dem Bestreben nach einem schlagkräftigen beweglichen Personenverbande hinderlich.

schon, wie es hier geschieht, einem Vertragsausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung das Wort redet, bestehen gleichwohl dogmatische Schwierigkeiten.

Für die Beantwortung der Frage, ob die Personalhandelsgesellschaft nur durch vertretungsberechtigte Gesellschafter die Prozeßfähigkeit erlangen kann, ist es zunächst einmal notwendig, über deren Parteifähigkeit Klarheit zu gewinnen, weil die rechtliche Einstufung der Prozeßfähigkeit von der der Parteifähigkeit abhängt. Über die Parteifähigkeit der Personalhandelsgesellschaften wird indessen lebhaft gestritten ¹⁾. Dies ist die Folge davon, daß bei der Personalhandelsgesellschaft Träger der Rechte und Pflichten nicht eine juristische Person, sondern ein Personenverband ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist, über dessen Wesen nach wie vor Streit herrscht ²⁾. Die einen verneinen die Parteifähigkeit der Personalhandelsgesellschaft überhaupt, weil § 50 ZPO als Voraussetzung der Parteifähigkeit die Rechtsfähigkeit nenne, welche der Personalhandelsgesellschaft aber nicht zukomme. Die anderen sprechen von einer echten Parteifähigkeit der Gesellschaft und lehnen eine lediglich formelle Parteifähigkeit ab ³⁾. Die h.M. nimmt jedoch bei dem äußeren Auftreten der OHG und KG als Einheit im Prozeß im Anschluß an Wach eine formelle Parteifähigkeit an ⁴⁾. Eine Personengesamtheit könne im Gegensatz zur natürlichen oder juristi-

1) Vgl. Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 10; Weipert § 124 Anm. 8; Schlegelberger § 124 Anm. 9; Hueck S. 239; die Parteifähigkeit bejahend RG 12, 398; 14, 20; 102, 302; verneinend: RG 35, 338: Subjekte des Gesellschaftsvermögens und Prozeßpartei seien die Gesellschafter; RG 46, 39: "Partei sind die Gesellschafter"; RG 49, 434, "Prozeßpartei sind auch bei Gesellschaftsprozessen die Gesellschafter, die OHG ist nur formell parteifähig"; Rospatt ZBH 32, 241 und 33, 51.

2) Schlegelberger Anm. 28 zu § 105.

3) Selbstverständlich Kohler AcP 91, 204; ZHR 74, 456, der die OHG als juristische Person ansieht; Eccius ZHR 32, 1; jüngst Fabricius S. 175.

4) Wach, Handbuch des Zivilprozesses, S. 520.

schen Person zwar nicht echte Partei sein. Die Gesellschaft sei aber formell parteifähig ¹⁾.

Der Meinung, daß die Gesellschaft überhaupt nicht parteifähig sei, kann nicht gefolgt werden. Sie läßt sich mit § 124 HGB nicht vereinbaren. Die Annahme einer echten Parteifähigkeit aber begegnet unter anderem dem gewichtigen Bedenken, daß die materiellrechtlichen Träger der im Prozeß geltend gemachten Ansprüche und Verbindlichkeiten die einzelnen Gesellschafter, wenn auch in ihrer Zusammenfassung ²⁾, sind. § 124 HGB will der Gesellschaft aber nur die erforderliche Beweglichkeit verleihen, die zum Betriebe eines Handelsgewerbes notwendig ist, nicht aber volle Rechtssubjektivität wie einer juristischen Person ³⁾. Es dürfte deshalb richtig sein, mit der h.M. im Anschluß an Wach ⁴⁾ der Gesellschaft keine echte, sondern nur eine "formelle" Parteifähigkeit zuzuerkennen.

Im übrigen ist aber Hueck ⁵⁾ Recht zu geben, der meint, ein theoretischer Streit über die Parteifähigkeit verspreche wenig Nutzen, man müsse sich vielmehr fragen, welche Regeln auf die Stellung der Gesellschaft im Rechtsverkehr anzuwen-

1) Diesen Terminus hat auch der BGH, Bd. 17, 340, 342, übernommen, indem er auf den Unterschied einer Klage der bürgerlichen Gesellschaft und der einer OHG hinweist, ohne allerdings, worauf auch Fabricius, S. 171 Fn. 4, hinweist, daraus irgendwelche Folgerungen abzuleiten. Seine weiteren Ausführungen bestätigen aber m.E. nicht, wie Fabricius, a.a.O., meint, die Annahme einer echten Parteifähigkeit. Man wird dem BGH nicht unterstellen können, daß er, den umstrittenen Terminus "formelle Parteifähigkeit" gebrauchend, meint, in Wahrheit gäbe es bei den Personalhandelsgesellschaften eine echte Parteifähigkeit; vgl. im übrigen Fabricius a.a.O.

2) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 349.

3) Weipert § 124 Anm. 2.

4) A.a.O.; Weipert § 128 Anm. 8; BGH 17, 342.

5) Hueck S. 239 f.; ebenso Westermann, Handbuch, Rz. 349.

den seien ¹⁾. OHG und KG bedürfen dann, da sie bei ihrem äußeren Auftreten im Prozeß als eigenständige geschlossene Einheiten wie juristische Personen erscheinen, eines gesetzlichen Vertreters im Sinne des § 51 ZPO.

Für eine Annahme, daß auch die nur durch einen Generalbevollmächtigten vertretene OHG oder KG Prozeßfähigkeit erlangt und daß der alleinvertretungsberechtigte Generalbevollmächtigte gesetzlicher Vertreter im Sinne der zivilprozeßualen Vorschriften sein kann, lassen sich durchaus Gründe finden, zumal, wenn man den Personalhandelsgesellschaften keine echte, sondern nur eine formelle Parteifähigkeit zuerkennt.

Wenn man den Personalhandelsgesellschaften nämlich keine echte, sondern nur eine "formelle" Parteifähigkeit zuerkennt, kann die Stellung der vertretungsberechtigten Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft im Gesellschaftsprozeß ebenfalls nur "formeller Natur" sein ²⁾. Im Sinne des § 51 ZPO haben die Gesellschafter dann nicht die echte Stellung von gesetzlichen Vertretern, da sie der "formell" parteifähigen Gesellschaft auch nur formelle Prozeßfähigkeit verschaffen können. Hinzukommt, daß die vertretungsberechtigten Gesellschafter der Personalhandelsgesellschaft im Sinne des materiellen Rechtes auch keine reinen gesetzlichen Vertreter sind, so daß die Bestimmungen der ZPO über die gesetzlichen Vertreter ohnehin nur entsprechend anzuwenden sind ³⁾.

Auch beim nichtsrechtsfähigen Verein ist es möglich, daß die Vertretung des parteifähigen, aber prozeßunfähigen Verbandes in Passivprozessen durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter, den Vorstand, erfolgt, der von allen als gesetzli-

1) Hueck argumentiert also im Sinne Schreibers, S. 32, methodisch richtig, indem er nicht danach fragt, ob ein Verband juristische Person sei oder parteifähig sei, sondern danach, welche Merkmale einer juristischen Person gegeben seien und zu welchen Folgerungen diese führten.

2) Düringer-Hachenburg § 124 Anm. 7.

3) Hueck S. 241 Fn. 13.

cher Vertreter im Sinne des § 51 ZPO angesehen wird ¹⁾, der aber materiellrechtlich nur die Stellung von rechtsgeschäftlich bestellten Vertretern hat ²⁾. So hat z.B. auch der BGH ³⁾ in jener Entscheidung, in der er einer Gewerkschaft, die nichtrechtsfähiger Verein ist, die aktive Parteifähigkeit insoweit zuerkennt, als diese sich mit einer Unterlassungs- und Schadensersatzklage gegen die Propaganda einer rivalisierenden Gewerkschaft wendet, um eine Beeinträchtigung ihres Bestandes abzuwehren, nicht ein Wort über deren Prozeßfähigkeit verloren. Die durch die Mitglieder des Hauptvorstandes vertretene Gewerkschaft ist also prozeßfähig, obwohl der Vorstand eines nichtrechtsfähigen Vereins, wie ausgeführt, materiellrechtlich nur die Stellung eines rechtsgeschäftlichen Stellvertreters hat. Auch die nichtrechtsfähigen Gewerkschaften (oder auch bergrechtlichen Gewerkschaften), denen im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 10 Arbeitsgerichtsgesetz die aktive Parteifähigkeit in vollem Umfange verliehen ist, erlangen im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Prozeßfähigkeit durch das Auftreten ihrer rechtsgeschäftlich bestellten Vorstände ⁴⁾.

Die hier gegebenen Hinweise auf die Stellung des Vorstandes der nichtrechtsfähigen Vereine im Prozeß könnte man allerdings deshalb nicht für unbedenklich halten, da dessen Stellung - im Gegensatz zu dem des Generalbevollmächtigten - im Verbandsrecht wurzelte ⁵⁾. Der Vorstand wird beim nichtrechtsfähigen Verein durch die Satzung bestellt und abberufen und hat auch sonst eine dem Vorstand des rechtsfähigen Vereins in vielem entsprechende Stellung. Der nichtrechtsfähige Verein ist nämlich weitgehend körperschaftlich orga-

1) Statt vieler, Baumbach-Lauterbach § 50 A 3 A.

2) Gierke, Nichtrechtsfähige Vereine, S. 19; Enneccerus-Nipperdey S. 701; RGZ 91, 75; 135, 244; vgl. auch Hellwig S. 275, S. 5 Fn. 123.

3) NJW 65, 36.

4) Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954, § 10 Anm. 70, 72.

5) Enneccerus-Nipperdey S. 709.

nisiert und unabhängig vom Mitgliederwechsel, während derartige Ausgestaltungen im Gesellschaftsrecht nur eine Ausnahme bilden.

Diese Bedenken müssen aber zurücktreten. Einmal kann gerade auch die nur durch einen Generalbevollmächtigten vertretene Personalhandels-gesellschaft körperschaftlich organisiert sein, wie z.B. die kapitalistische KG oder auch die GmbH & Co. Oben ist zum anderen bereits darauf verwiesen, wie fragwürdig es ist, aus dem Begriff "körperschaftliche Struktur" zwingende juristische Schlüsse ableiten zu wollen. Ferner müssen entsprechend der erwähnten von Hueck vorgeschlagenen Methode die bei ihrem äußeren Auftreten im Prozeß als Einheit auftretenden Personalhandels-gesellschaften genau wie auch der nicht-rechtsfähige Verein in Passivprozessen wie rechtsfähige juristische Personen behandelt werden, so daß, bezogen auf den Prozeß, der Tatsache, daß der Generalbevollmächtigte nicht durch Satzung bestellt wird, kein Gewicht zukommen kann. Einem Hinweis auf die fehlende körperschaftliche Struktur der Personalhandels-gesellschaft vermag jedenfalls im Hinblick auf das äußere Auftreten der Gesellschaft im Prozeß nur wenig Bedeutung zuzukommen.

Eine dogmatische Erklärung dafür, daß der rechtsgeschäftlich bestellte Vorstand des nichtrechtsfähigen Vereins im Prozeß wie auch in der Zwangsvollstreckung als gesetzlicher Vertreter "erscheint" ¹⁾, läßt sich freilich nicht leicht finden. Im Schrifttum findet sich lediglich der Hinweis, entsprechend § 26 Abs. 2 BGB sei eine gesetzliche Vertretung gegeben ²⁾. Richtigerweise wird man aber davon auszugehen haben, daß - wie es auch das Schrifttum stillschweigend tut - nicht mit dogmatischen Mitteln, sondern unter Heranziehung der Grundsätze einer zweckmäßigen Handhabung des Prozeßrechtes auch die Frage der Prozeßfähigkeit eines nichtrechtsfähigen Vereins

1) Staudinger § 54 Anm. 21.

2) Wieczorek, § 50 ZPO D IV b 2; ähnlich Staudinger a.a.O.

zu entscheiden ist ¹⁾. Das Prozeßrecht dient seiner Natur nach nämlich in erster Linie den Parteien zur Durchsetzung ihrer Rechte. Richtschnur der Prozeßrechtssätze muß also immer die Zweckmäßigkeit sein, weshalb übrigens auch bei den Normen des Prozeßrechtes grundsätzlich weder eine einengende Auslegung geboten noch die Analogie verboten ist ²⁾.

Der Gesichtspunkt, daß das prozessuale Recht nicht die Verfolgung des materiellen hindern dürfe, kommt vor allem in mehreren Entscheidungen des RG zum Ausdruck. Dieses formuliert z.B.:

"Die Bestimmungen der ZPO wollen den Parteien bei der Verfolgung und Erledigung ihrer Ansprüche nicht hemmend und hindernd entgegenstehen, sondern im Gegenteil für die möglichst schnelle Herbeiführung einer endgültigen sachlichen Entscheidung die Wege ebnen" ³⁾.

Oder:

"Das materielle Recht soll und darf unter der Herrschaft der Prozeßvorschriften nicht oder doch möglichst wenig leiden" ⁴⁾.

Oder:

"Das RG ist in stets steigendem Maße dazu übergegangen, die ZPO als Zweckmäßigkeitsnorm zu behandeln, und auch die Form und Mußvorschriften einer freien Auslegung zu unterziehen" ⁵⁾.

Auch der BGH trägt in seiner Entscheidung zur aktiven Parteifähigkeit von Gewerkschaften ⁶⁾ letztlich Zweckmäßigkeitsüberlegungen Rechnung, indem er unter Hinweis auf ein praktisches Bedürfnis sogar gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut diesen die aktive Parteifähigkeit zuerkennt.

Vorliegend müssen ebenfalls Zweckmäßigkeitserwägungen die Annahme rechtfertigen, daß der ausschließlich vertretungsberechtigte Generalbevollmächtigte bei einer Personalhandels-gesellschaft "gesetzlicher" Vertreter im prozessualen Bereich ist.

1) Allgemein Rosenberg § 8, 2.

2) Rosenberg § 8, 2.

3) Warmeyer 22, 129.

4) RG 105, 427; 150, 363.

5) RG 102, 278.

6) BGH NJW 65, 39.

Sieht man die Stellung von OHG und KG im Prozeß weniger unter dogmatischen als unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ¹⁾, ist von der Interessenlage her gesehen unter Berücksichtigung der Gesellschafts-, Gläubiger und Staatsinteressen kein vernünftiger Grund gegeben, diesen die Prozeßfähigkeit dann abzusprechen, wenn sie nur durch einen Generalbevollmächtigten, der die Befugnis zur Vornahme aller gerichtlichen Maßnahmen hat, vertreten werden. Verschafft der rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Vorstand eines nichtrechtsähigen Vereins dadurch, daß er in Prozessen als gesetzlicher Vertreter angesehen wird, diesem sogar die echte Prozeßfähigkeit, so läßt sich unter Berücksichtigung der Interessenlage auch begründen, daß ein Generalbevollmächtigter der "formell" parteifähigen Gesellschaft "formelle" Prozeßfähigkeit verschaffen könne, um den Prozeßbetrieb zu erleichtern. Bedenkt man weiter, daß OHG und KG überhaupt in erster Linie aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Rechtstechnik im Außenverhältnis parteifähig sind - die Parteifähigkeit (prozeßrechtliche Rechtsfähigkeit) der Personalhandelsgesellschaft muß wie die Rechtsfähigkeit eines Personenverbandes als "Zweckschöpfung" des Gesetzgebers angesehen werden ²⁾ -, erscheint es umso mehr angebracht und sinnvoll, auch die nur durch einen Generalbevollmächtigten vertretene Personalhandelsgesellschaft im Interesse der Rechtsverfolgung als "formell" prozeßfähig anzusehen.

Aufteilung der Funktion des ausschließlich vertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten in rechtsgeschäftliche und gesetzliche Vertreterstellung bei der Personalhandelsgesellschaft mag zwar überraschen. Sie entspricht aber der "Doppelnatur" ³⁾ der Personalhandelsgesellschaft, die einerseits nicht rechtsfähig ist, die aber andererseits im prozessualen Bereich weit-

1) Weipert § 124 Anm. 17.

2) Wolff S. 207 ff.; Westermann, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, S. 12, 13; Rhode, Juristische Person und Treuhand, S. 163; Paulick S. 60; für die Parteifähigkeit der OHG; Weipert § 105 Anm. 6, 7; § 124 Anm. 2.

3) Hueck S. 239.

gehend rechtsfähig ist. Im übrigen nehmen auch die vertretungsberechtigten Gesellschafter eine dieser Doppelnatur der Gesellschaft entsprechende Doppelstellung ein ¹⁾.

Nach allem bleibt festzuhalten, daß die "formell" parteifähige Personalhandelsgesellschaft "formell" Prozeßfähigkeit auch durch das Auftreten eines ausschließlich vertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten erlangen muß.

Selbst wenn man aber der hier vorgeschlagenen Lösung nicht zu folgen vermöchte und die lediglich durch einen Generalbevollmächtigten vertretene Personalhandelsgesellschaft nicht als prozeßfähig ansähe, wäre es der Gesellschaft im Ergebnis kaum versagt, an Prozessen teilzunehmen.

Es muß auf die von der Rechtsprechung und Lehre angewandten Möglichkeiten, die aus der mangelnden aktiven Parteifähigkeit nichtrechtsfähiger Vereine folgenden Schwierigkeiten zu umgehen, verwiesen werden. Dabei ist freilich der Unterschied zu beachten, daß es der Personalhandelsgesellschaft im Prozeß nicht wie dem nichtrechtsfähigen Verein der aktiven Parteifähigkeit ermangelt, sondern nur der Prozeßfähigkeit. Die für den nichtrechtsfähigen Verein vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten ermöglichen aber auch für die OHG und KG umfassenden prozeßrechtlichen Rechtsschutz, wenn man ihnen Prozeßfähigkeit abspräche. Man hat für den nichtrechtsfähigen Verein als praktischen Ausweg die Klage unter dem Gesamtnamen, die Anwendung des Rechtsinstituts der sogenannten gewillkürten Prozeßstandschaft und die fiduziarische Vermögensübertragung auf den Vorstand empfohlen ²⁾. Hier kann zu den prozeßrechtlichen Einzelfragen nicht Stellung genommen werden. Es sei aber darauf hingewiesen, daß die vorgeschlagene

1) Hueck S. 241 Fn. 13.

2) Vgl. Palandt § 54 Anm. 2 A; Enneccerus-Nipperdey § 116 III 8 (C); Fabricius S. 14 ff. 17; Staudinger § 54 Anm. 8; Erman-Westermann § 54 Anm. 5; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH 42, S. 210 ff., wo alle Lösungsmöglichkeiten ausführlich dargelegt und besprochen sind.

nen Möglichkeiten zur Überwindung der Schwierigkeiten, die sich aus der fehlenden aktiven Parteiführung des nichtrechtsfähigen Vereins ergeben, auch zur Überwindung der sich aus einer Prozeßunfähigkeit der Personalhandelsgesellschaft ergebenden Schwierigkeiten in Betracht kommen könnten.

b) Eidesleistung

Es bleibt noch zu erörtern, wer bei der Vertretung der Gesellschaft lediglich durch einen Generalbevollmächtigten als Partei vernommen werden kann und wem die Eidesleistung als Partei obliegt, auch wenn für die Beantwortung dieser Frage in ganz besonderem Maße zu gelten hat, daß sie wohl erst endgültig von einer Rechtsprechung, die der Vertretung der Personalhandelsgesellschaft ausschließlich durch einen Generalbevollmächtigten zumindest als Ausweg in Konfliktsituationen die Anerkennung nicht versagte, an Hand von Streitfällen entschieden werden könnte. Denn auch das ohnehin strittige Problem, ob die Gesellschafter der OHG und KG im Prozeß als Zeuge oder Partei zu vernehmen sind, ist kaum mit dogmatischen Mitteln, sondern nur unter Beachtung der Grundsätze einer sinnvollen Wahrheitsfindung im Prozeß zu entscheiden ¹⁾.

Der BGH hat jüngst in Übereinstimmung mit der h.M. zu der umstrittenen Frage, ob auch die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter als Partei zu vernehmen seien, dahingehend Stellung genommen, daß die Parteivernehmung nicht nur ein Beweismittel, sondern auch ein Teil der Prozeßführung sei. Der Eid könne daher nur den vertretungsberechtigten Gesellschaftern zugeschoben werden ²⁾. Gegen diese Ansicht, wonach nur der vertretungsberechtigte Gesellschafter den Eid als Partei erbringen kann, hat sich insbesondere Hueck ausgesprochen. Da die Gesellschafter materiellrechtlich Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft seien, verböte sich eine unterschiedliche Behandlung der vertretungsberechtigten und nicht-

1) Weipert § 124 Anm. 17.

2) BGH NJW 65, 106; auch Schlegelberger § 124 Anm. 18; Weipert § 124 Anm. 17; Hellwig S. 276 Fn. 4 m.w.N.

vertretungsberechtigten Gesellschafter, so daß alle Gesellschafter nur im Wege der Parteivernehmung zu hören seien ¹⁾.

Während die Hueck'sche Ansicht keine Besonderheit enthält, da unabhängig von der sämtliche Gesellschafter von der Vertretungsmacht ausschließenden Vertretungsordnung den voll haftenden Gesellschaftern im Prozeß der Eid zugeschoben werden könnte, muß die BGH-Ansicht hier dazu führen, daß kein Gesellschafter den Eid erbringen könnte. Die Personalhandels-gesellschaft näherte sich also in dieser Beziehung einer juristischen Person, bei der wegen der voll durchgeführten Eigenständigkeit des Verbandes nur diese selbst Partei ist ²⁾, während ihre Träger lediglich Zeugen sein können.

Das Ergebnis, daß keinem Gesellschafter im Zivilprozeß der Eid zugeschoben werden könnte, wäre jedoch im Hinblick auf die nach h.M. ³⁾ der Personalhandels-gesellschaft ohnehin weitgehend zukommenden Parteifähigkeit nicht von vornherein undenkbar. Für Passivprozesse wäre das Ergebnis, welches dazu führte, daß kein Gesellschafter als Partei vernommen werden könnte, praktisch dadurch zu umgehen, daß - wie es häufig geschieht ⁴⁾ - die Gesellschafter zugleich neben der OHG verklagt würden, wobei sie dann als Partei zu vernehmen wären. Für Aktivprozesse würde, sähe man den Generalbevollmächtigten als "gesetzlichen" prozeßrechtlichen Vertreter an, eine Parteivernehmung nur für den Generalbevollmächtigten wie auch etwa für den Vorstand eines nichtrechtsfähigen Vereins ⁵⁾ stattfinden, § 455 Abs. 1 ZPO ⁶⁾. Hierdurch würde jedoch keine entscheidende Beeinträchtigung öffentlicher Interessen oder auch

1) Hueck S. 242; vgl. auch Westermann, Handbuch Rz. 350, der der Hueck'schen Ansicht zuneigt.

2) Als Partei vernommen wird der Vorstand, vgl. Rosenberg § 121 II 2.

3) Vgl. BGHZ 17, 181; Lent-Jauernig § 19 I 2.

4) Hueck a.a.O.

5) RG Gruchot 47, 108. ,

6) § 455 Abs. 1 S. 1 ZPO lautet: Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist vorbehaltlich der Vorschrift im Abs. 2 ihr gesetzlicher Vertreter zu vernehmen.

derer der Parteien zu befürchten sein, da dem Generalbevollmächtigten in seiner Funktion als Fremdverwalter ohnehin die Hauptverwaltungsaufgaben oblägen und somit einer objektiven Wahrheitsfindung im Prozeß im geeigneten Umfange gedient werden könnte. Folgt man der Meinung des BGH, würde auch bei einer GmbH & Co. KG, bei der die GmbH die alleinvertretungsberechtigte Gesellschafterin wäre, allein der Geschäftsführer der umschlossenen GmbH den Parteieid leisten können, also eine Person, die nicht Gesellschafter sein muß.

§ 21 Ergebnis

Durch die Bestellung eines Generalbevollmächtigten zum ausschließlichen Vertreter der Personalhandelsgesellschaft können sowohl die Interessen der beteiligten Gesellschafter als auch die der zu einer solchen Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tretenden Dritten adäquat berücksichtigt werden. Zwingende Entscheidungen oder Zielsetzungen des Gesetzgebers, die eine ausschließliche Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten verböten, gibt es nicht.

Abschließend ist daher nach allem die eingangs des 3. Unterabschnitts aufgeworfene Frage, ob ein Generalbevollmächtigter bei Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung alleiniger Vertreter einer Personalhandelsgesellschaft sein könne, zu bejahen ¹⁾.

7. Abschnitt

§ 22 Verpflichtung aller Gesellschafter zur Mitwirkung an der Bestellung eines Generalbevollmächtigten

Eine entscheidende Frage, die noch der Klärung bedarf, nach-

1) Die mögliche Einsetzung eines ausschließlich vertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten erübrigt mithin auch die vorübergehende Einsetzung eines Drittorgans für die Dauer des Entziehungsprozesses. Da die Vertretung ausschließlich durch einen Generalbevollmächtigten eine Gestaltungsmöglichkeit bietet, die das Gesetz nicht ausschließt, wird vermieden, unter Umgehung "der entgegengesetzten, mehr theoretischen Bedenken" (vgl. Hueck S. 218 Fn. 78), eine vorübergehende Drittorganschaft zu befürworten.

dem die Zulässigkeit der ausschließlichen Vertretung durch einen Generalbevollmächtigten feststeht, ist die, inwieweit das Einverständnis des Beklagten zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten zu erlangen ist, wenn die anderen Gesellschafter von der hier für zulässig erklärten Möglichkeit Gebrauch zu machen wünschen. Auch wenn weitgehend auf die Ausführungen über die Mitwirkungspflicht der Gesellschafter an einer vertraglichen Neugestaltung Bezug genommen werden kann ¹⁾, wo gesagt wurde, daß der alleinvertretungsberechtigte Beklagte grundsätzlich im Falle der Entziehung der Vertretungsmacht an einer Neuordnung der Vertretungsmacht mitzuwirken verpflichtet sei, bedarf es noch einiger ergänzender Hinweise. Dabei ist zu beachten, daß der von den Gesellschaftern zu fassende Berufungsbeschluß nur im Innenverhältnis wirkt. Nach außen wird dieser Berufungsbeschluß erst dadurch wirksam, daß die - wie gesehen - gemeinschaftlich handlungsbefugten Gesellschafter diesen Beschluß dem Generalbevollmächtigten gegenüber durchführen.

Zunächst muß der Rechtscharakter der Vollmachtserteilung an den Generalbevollmächtigten geprüft werden. Wenn nämlich die Bestellung der Generalvollmacht im Innenverhältnis eine Geschäftsführungsmaßnahme wäre, wäre die Antwort darauf, ob eine Verpflichtung zur Mitwirkung an der Bestellung des Generalbevollmächtigten gegeben wäre, eindeutig. Es ist anerkannt, daß die ausnahmslose Bevorzugung des Verbandszweckes den Gesellschaftern bei der Abstimmung über Maßnahmen der Geschäftsführung obliegt ²⁾. Zu Recht wird betont, daß die uneingeschränkte Bindung an den Verbandszweck sich aus dem Wesen der Geschäftsführung als dem unmittelbar auf die Erfüllung des Verbandszweckes gerichteten Verhalten ergebe ³⁾. Die Indivi-

1) § 11 I.

2) Zöllner S. 322, 344; Fischer NJW 54, 787; Hueck S. 126; Staudinger § 709 Anm. 18, 19.

3) Vgl. auch Hueck, Festschrift Huebner, S. 75 ff.; Gogos S. 22 und 42 ff.; Schlegelberger § 115 Anm. 7 und 8; Weipert § 114 Anm. 2; BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB; Staudinger vor § 709 Anm. 5; Küster S. 90; Fischer NJW 54, 777, differenzierend; im übrigen ist die Frage strittig für die Körperschaft, vgl. etwa von Godin-Wilhelmi § 197 Anm. 1.

dualinteressen des Einzelnen müssen deshalb bei Geschäftsführungsmaßnahmen zurücktreten, weil die Gesellschafter hinsichtlich der Geschäftsführung auf Grund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet sind, allein den vertraglich festgelegten Gesellschaftszweck zur Richtschnur ihres Handelns zu machen. Dies gilt nicht nur für einfache, sondern auch für außergewöhnliche Geschäftsführungshandlungen, die über den Rahmen eines gewöhnlichen Betriebsgeschäftes hinausgehen ¹⁾. Wenn also die Bestellung eines Generalbevollmächtigten als die für die Gesellschaft vorteilhafteste Regelung eindeutig und klar zu erkennen wäre, hätten die Gesellschafter bei der Abstimmung über diese "Geschäftsführungsmaßnahme" allein in dieser Richtung tätig zu werden.

Es fragt sich aber, ob die Bestellung des Generalbevollmächtigten als Geschäftsführungsmaßnahme anzusehen ist.

Die Bestellung eines alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten wird kaum als einfache Geschäftsführungsmaßnahme, die sich auf gewöhnliche Betriebsgeschäfte erstreckt, anzusehen sein, sondern allenfalls als außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme, zu deren Vornahme ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter notwendig ist, § 116 Abs. 2 HGB. Zwar heißt es bei Weipert ²⁾, die Bestellung eines Generalbevollmächtigten gehöre in der Regel zu den gewöhnlichen Betriebsgeschäften. Weipert selbst räumt jedoch ein, daß im Einzelfall eine solche Handlung eine ungewöhnliche sein könne, wenn die Bevollmächtigung unter ungewöhnlichen Bedingungen vereinbart sei oder dem Bestellten ungewöhnliche Befugnisse eingeräumt würden ³⁾. Bei der Stellung eines alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten handelt es sich aber sicherlich um die Einräumung ungewöhnlicher Befugnisse, so daß, sähe man die Bestellung des Generalbevollmächtigten als Geschäftsführungsmaßnahme an, zu ihrer Vornahme nach § 116 Abs.

1) Zöllner S. 327; Hueck S. 98.

2) Anm. 2 zu § 116 HGB.

3) Vgl. auch RG LZ 1914, 580; JW 30, 705, 706.

2 HGB ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich wäre 1) 2).

Es dürfte indessen auch nicht richtig sein, die Bestellung des ausschließlich vertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten als außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme anzusehen mit der Folge, daß bei einer Beschlußfassung hierüber eine uneingeschränkte Vorrangigkeit des Gesellschaftsinteresses angenommen werden müßte. Bei der Einstufung der Maßnahmen der Bestellung des Generalbevollmächtigten im Innenverhältnis als einer Geschäftsführungsmaßnahme würde zu formal verfahren. Wenn es nach der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters der Berufung eines Generalbevollmächtigten bedarf, handelt es sich der Auswirkung und Bedeutung nach um eine Maßnahme, die in ihrer Tragweite der vertragsabändernden Übertragung der Vertretungsmacht auf einen anderen Gesellschafter gleichkommt. Auch in diesem Fall geht es um eine grundlegende Organisationsfrage der konkreten Gesellschaft, um die Berufung eines "verfassungsmäßigen" Vertreters also, hinsichtlich derer eine Bindung durch den Gesellschaftsvertrag, wie z.B. bei der Beschlußfassung in Geschäftsführungsangelegenheiten, nicht eingegangen ist. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, einen uneingeschränkten Vorrang der Verbandsinteressen und damit

1) Loos BB 63, 615, 620.

2) Eines Beschlusses sämtlicher Gesellschafter bedürfte es im übrigen auch dann, sähe man die Bestellung des Generalbevollmächtigten als Geschäftsführungsmaßnahme an, wenn keinem Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis zustände. Wenn, wie es in vielen Fällen der Praxis sein wird, Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsbefugnis in der Hand eines Gesellschafters liegen und beide gem. § 117 bzw. § 127 HGB entzogen werden mit der Folge, daß die Gesellschaft auch ohne Geschäftsführer wäre, wäre die Gesamtheit der Gesellschafter befugt, einen Generalbevollmächtigten zu bestellen. Für ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ist nämlich nach dem Gesetz, §§ 116 Abs. 2, 119 HGB, die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, also auch die der Nichtgeschäftsführungsbefugten (Westermann, Handbuch, Rz. 167; Hueck S. 98; Weipert § 116 Anm. 9) und Kommanditisten (H.M.; RG 158, 302, 306; Weipert § 116 Anm. 5; a.A. Schlegelberger § 169 Anm. 3), erforderlich.

volle Bindung an den Verbandszweck bei dieser für den Beklagten doch auch besonders einschneidenden Maßnahme anzunehmen, die einer Vertragsänderung gleichkommt. Während der Geschäftsführungsbeschluß eine Konkretisierung der festliegenden Grundbeziehungen der Gesellschaft ist, werden durch die Bestellung des alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten die gestörten Grundbeziehungen unter den Gesellschaftern geheilt. Durch die Bestellung des Generalbevollmächtigten, der die Undurchführbarkeit des Gesellschaftsvertrages beseitigen soll, werden also die Grundlagen der Gesellschaft betroffen.

Es fragt sich daher, wenn man die Bestellung des alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten als Grundlagenentscheidung, die die Bedeutung einer Vertragsänderung hat, einstuft, unter welchen Voraussetzungen eine Verpflichtung zur Mitwirkung hierzu angenommen werden kann.

Anerkannt ist nun, wie bereits gesagt ¹⁾, auch bei Vertragsänderungspflichten, daß hinsichtlich der Änderung einer zweckentsprechenden Geschäftsführung und Vertretung die Vorrangigkeit des Gesellschaftsinteresses zu bejahen sein kann. Die Gebundenheit eines jeden Mitgliedes in der Sozialsphäre einer Personalhandelsgesellschaft, die ihm einen Teil seiner Freiheit nimmt, wirkt sich auch hier aus. Als Mitglied eines Verbandes und insbesondere einer Personengesellschaft muß jeder Teilhaber sich bei der Wahrnehmung der gemeinschaftlichen Belange "einer besonderen, überindividuellen Regelmäßigkeit unterstellen, die an den gemeinsamen Aufgaben ausgerichtet ist" ²⁾. Dabei mag zu Bedenken Anlaß geben, daß der freie Wille und die individuelle Selbstbestimmung des Beklagten nicht beachtet werden. Ein unzulässiger Verstoß gegen die Privatautonomie hat jedoch deshalb auszuscheiden, weil die einzelnen Mitglieder sich einer gemeinsamen Aufgabe und Ordnung unterworfen haben und in der Entschließung darüber, ob

1) § 10 I.

2) Thiele S. 46.

sie sich binden wollten, frei waren ¹⁾. Jeder Gesellschafter hat sich freiwillig in die Gebundenheit einer Sozialssphäre begeben, in der einem jedem Mitglied ein Teil seiner Dispositionsfreiheit genommen worden ist.

Nun ist der Gesellschafter der Personalhandelsgesellschaft nur unter den im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Bedingungen beigetreten, so daß eine Verpflichtung seinerseits zur Schaffung neuer Bedingungen grundsätzlich nicht angenommen werden kann ²⁾. Kraft der das ganze Gesellschaftsverhältnis beherrschenden Treuebindung ³⁾ kann sich aber eine andere Beurteilung ergeben. Voraussetzung dafür ist allgemein, daß die nötig gewordene Vertragsänderung mit Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaft "dringend erforderlich" ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer Belange zumutbar ⁴⁾.

Die Treuepflicht wird im Besonderen dann stärker sein und eine Änderung des Vertrages gebieten, wenn wie hier eine Vertragslücke zu füllen ist und aus der Gesamtsituation eine unbillige oder willkürliche Schädigung der Belange der zur Mitwirkung verpflichteten Gesellschafter nicht ersehen werden kann ⁵⁾. Namentlich in Fällen einer notwendig gewordenen Vertragsanpassung an im Vertrag ursprünglich nicht vorgesehene Umstände wird eine Pflicht zur Mitwirkung an der Ausfüllung der aufgetretenen Lücken in Betracht kommen ⁶⁾. Hueck verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich ⁷⁾ auf den Fall einer durch den Entzug der Geschäftsführungsbefugnis notwendig gewordenen Verpflichtung der Gesellschafter, an einer angemessenen Neuordnung mitzuwirken. Es ist kein Grund ersicht-

1) Thiele a.a.O. S. 47.

2) Hueck, Festschrift Huebner, S. 89; OGH 4, 66 ff.

3) Westermann, Handbuch, Rz. 241, 242; Zöllner S. 345; Hueck S. 126, 127, 112; vgl. auch BGH BB 60, 112; BB 54, 456; WM 56, 351 ff.

4) Hueck S. 126; BGH LM Nr. 8 zu 105.

5) Weipert § 117 Anm. 26; Staudinger-Geiler § 709 Anm. 20.

6) Hueck S. 127.

7) Fn. 36 a.a.O.; auch Weipert, § 133 Anm. 6, spricht sich dafür aus, daß der Vertreter sich eine Vertragsänderung gefallen lassen müsse.

lich, bei der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters anders zu verfahren ¹⁾. Auch im Fall der Entziehung der Vertretungsmacht des einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafters ist ein Ausnahmefall gegeben, bei dem für eine verständige Weiterverfolgung des Gesellschaftszweckes eine Anpassung an veränderte Verhältnisse dringend geboten ist. Auch wenn man eine Stimmpflicht eines widerstrebenden Gesellschafters nur mit Zurückhaltung bejaht, wird man doch in einem Fall der hier erörterten Art eine Entscheidung immer unter Berücksichtigung des Anlasses für die eingetretene Notwendigkeit zur Änderung des Vertrages zu treffen haben ²⁾. Anlaß zur Vertragsänderung war indes das Verhalten des Beklagten, welches dazu führte, ihn von der Vertretungsbefugnis abzurufen.

Unter verständiger Abwägung aller Interessen, also die Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Folgen einer unterbleibenden Änderung des Gesellschaftsvertrages, insbesondere aber auch des Anlasses für die Notwendigkeit der Bestellung des Generalbevollmächtigten werden in aller Regel die Sonderinteressen des widerstrebenden Beklagten zurücktreten müssen. Eine sorgfältige Prüfung der Möglichkeiten zur Erhaltung der Gesellschaft wird dazu führen, daß das Verbandsinteresse es erfordert, daß für den Fall, daß kein Gesellschafter die Vertretungsmacht auszuüben bereit oder fähig ist, einem Dritten, etwa einem befähigten Angestellten, die Generalvollmacht erteilt wird und daß etwa entgegengesetzte Individualinteressen des Beklagten zurückzutreten haben. Die Bestellung eines alleinvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten wird nicht nur der Situation der Gesellschaft im Einzelfall angemessen, sondern auch dem Beklagten unter Berücksichtigung seiner Belange am ehesten zumutbar sein. Die aus der Treupflicht folgende Mitwirkungspflicht findet im übrigen selbstverständlich auch hier ihre Grenze an der Wahrnehmung berechtigter eigener

1) Vgl. Westermann, Handbuch, Rz. 223, 224.

2) Staudinger § 709 Anm. 21; Fischer NJW 54, 780.

Interessen des Beklagten ¹⁾.

Es bleibt auf die Widerrufsmöglichkeit der Generalvollmacht einzugehen. Diese wird im Innenverhältnis entsprechend der Vorschrift des § 116 Abs. 3 S. 2 HGB für den Widerruf des Prokuristen in der Weise zu erfolgen haben, daß sie von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen könnte. Wenn schon die im Umfang geringere Prokura im Innenverhältnis von jedem an der Bestellung beteiligten Gesellschafter jederzeit widerrufen werden kann, wird das erst recht für die Generalvollmacht zu gelten haben, wenn nichts anderes vereinbart ist. Zum Widerruf wird dann auch jeder an der Bestellung beteiligte Kommanditist berechtigt sein, da nach § 164 S. 2 HGB die Vorschrift des § 116 Abs. 3 HGB unberührt bleibt.

Dabei ist zu beachten, daß diese Überlegungen nur für das Innenverhältnis der Gesellschafter gilt. Im Außenverhältnis sind alle Gesellschafter nur gemeinschaftlich handlungsbefugt, wobei grundsätzlich gilt, daß die im Außenverhältnis Handlungsbefugten den Wünschen der für das Innenverhältnis zum Widerruf zuständigen Gesellschafter zu entsprechen haben ²⁾. Der Gefahr jedoch, daß etwa der Beklagte von seiner jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit willkürlichen und gesellschaftsschädlichen Gebrauch macht, kann dadurch begegnet werden, daß die anderen Gesellschafter ihre Mitwirkung bei dem Widerruf im Außenverhältnis versagen. Dazu sind sie berechtigt, wenn der Widerruf im Innenverhältnis die Treupflicht verletzt, so daß ein treuwidriges Begehren der Abberufung des Generalbevollmächtigten unbeachtlich bleibt ³⁾. Bei der

1) OGH 4, 66, 73; BGH BB 53, 336.

2) Diese Situation ist vergleichbar der der Gesamtvertretungsmacht: Wie im Außenverhältnis alle bei der Erteilung zusammen handeln müssen, müssen auch beim Widerruf die Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter zusammen handeln; § 116 Abs. 3 S. 2 gilt nur für das Innenverhältnis und gibt den Gesamtvertretern für den Fall des Widerrufs keine Einzelvertretungsmacht, Weipert § 126 Anm. 17; Baumbach-Duden § 116 Anm. 3 A.

3) RG DR 42, 1698.

Beantwortung der Frage, ob das Widerrufsbegehren treuwidrig ist, wird im übrigen zu berücksichtigen sein, daß gerade der Beklagte die notwendige Einsetzung eines Generalbevollmächtigten veranlaßt hat.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der Beklagte grundsätzlich verpflichtet ist, an der Bestellung eines ausschließlich vertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten mitzuwirken. Von der auch ihm im Innenverhältnis zustehenden Widerrufsmöglichkeit der Generalvollmacht darf er keinen gesellschaftsschädlichen Gebrauch machen.

L e b e n s l a u f

Am 22. Mai 1940 wurde ich als Sohn des Reedereidirektors Walter Stegmann und seiner Ehefrau Lieselotte, geb. Menge, in Norddeich, Ostfriesland, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Im Jahre 1959 bestand ich nach einjährigem Aufenthalt als Austauschschüler in den USA an der "High-school" in Coldwater, im Bundesstaate Michigan, die Schulabschlußprüfung. Nach Deutschland zurückgekehrt legte ich am 24. Februar 1960 die Reifeprüfung am humanistischen Zweig des Ulrichsgymnasiums in Norden ab. Anschließend studierte ich an den Universitäten Köln, München und Münster Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaft. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 26. September 1964 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm, die zweite juristische Staatsprüfung am 9. Mai 1968 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Carl-Ulfert Stegmann

